

**Erbverträge
im
deutsch-französischen Verhältnis**

Hans Klingelhöffer

1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553807_0024

DISSERTATIONS – und FOTODRUCK FRANK oHG
8000 München 2 · Gabelsbergerstr. 15 · Tel.: 2 80 90 90

Erbverträge
im
deutsch-französischen Verhältnis

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Hans Klingelhöffer

1971



Referent: Prof.Dr.jur., Dr.jur.h.c.Murad F e r i d

Korreferent:Prof.Dr.jur.Werner R o t h e r

Tag der mündlichen Prüfung: 21.Dezember 1971

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
<u>1. Teil: Erbverträge im französischen Sachrecht</u>	
§ 1 Begriff und systematische Stellung des Erbvertrages im Code civil	3
I. Begriff des Erbvertrags	3
1. Deutsche Terminologie	3
2. Französische Terminologie	3
II. Systematische Stellung des Erbvertrags im Code civil	6
1. Kein Buch 'Erbrecht'	6
2. Stellung des Verbots der pactes sur succession future	7
§ 2 Geschichte der Erbverträge bis zum Code civil	9
I. Das römische Recht	9
1. Ursprung des Verbots der Erbverträge	9
2. Widerruflichkeit der Verfügungen von Todes wegen	11
3. Vereinbarungen über den Nachlaß eines lebenden Dritten	12
4. Ergebnis	14
II. Das altfranzösische Recht	15
III. Die Revolutionsgesetzgebung	19
§ 3 Das Verbot der pactes sur succession future	20
I. Motive	20

1. Abschaffung aristokratischer Privilegien	20
2. Votum mortis	21
3. Beeinträchtigung des Pflichtteilsrechts	22
4. Die französische Vermögenskonzeption	23
a) Grundsatz	23
b) Testierfreiheit	25
c) Verbot der Nacherbschaft	25
5. Mißtrauen gegenüber Verträgen unter Familienangehörigen	26
II. Die Haltung der französischen Praxis zum Verbot der pactes sur succession future	28
1. Nichtigkeit	28
a) Ordre public interne	28
b) Heilung des nichtigen Vertrages	29
c) Umdeutung	30
2. Abgrenzung von ähnlichen Instituten	31
a) Stipulatio post mortem promittentis	32
b) Clause d'accroissement	33
3. Würdigung	34
§ 4 Ausnahmen zum Verbot der pactes sur succession future: Die institution contractuelle	36
I. Grundsätzliches zur institution contractuelle	36
II. Die institution contractuelle durch Dritte	38
1. Vertragspartner	38
2. Fähigkeit	39
3. Gegenstand der institution contractuelle	40
4. Unwiderruflichkeit	41
5. Einfluß der Reform des Ehegüterrechts von 1965	43
6. Widerrufsvorbehalt, Bedingungen	45
7. Willensmängel	46

8. Caducité	47
9. Widerruf der institution contractuelle	48
a) Spätere Geburt von Kindern	48
b) Nichterfüllung von Auflagen	49
c) Undank	49
10. Dingliche Wirkungen der institution contractuelle	49
a) Grundsatz	49
b) Einschränkungen der Verfügungsfreiheit	51
c) Rechtsstellung des institué	52
aa) Droit éventuel	52
bb) Sicherungsmöglichkeiten des institué	55
(1) Actio Pauliana	56
(2) Mesures conservatoires	56
(3) Transkription	57
III. Besondere Ausgestaltungen der institution contractuelle	59
1. Die donation cumulative des biens présents et à venir	59
2. Die promesse d'égalité	61
IV. Erbinsetzung unter Ehegatten durch Ehevertrag	62
1. Grundsatz	62
2. Abweichungen von der institution contractuelle durch Dritte	63
a) Fähigkeit	63
b) Ausschaltung der Vermutung des Art.1082 Abs.2	63
c) Widerrufsgründe	66

aa)	Spätere Geburt von Kindern	66
bb)	Undank	67
cc)	Änderung des Ehevertrages	68
V.	Institution contractuelle während der Ehe	68
1.	Gesetzliche Grundlage	68
2.	Freie Widerruflichkeit	69
a)	Motive	70
b)	Verbot der Schenkung in einer Urkunde	70
c)	Fähigkeit	71
d)	Kein droit éventuel	72
VI.	Die Stellung des institué nach dem Tode des instituant	74
1.	Grundsatz	74
2.	Optionsrecht	74
3.	Saisine	76
4.	Herabsetzung wegen Beeinträchtigung des Pflichtteilsrechts	76
§ 5	Erbvertragliche Regelungen mit handelsrechtlichem Bezug	79
I.	Die clause commerciale	79
II.	Fortsetzungsklauseln in Gesellschaftsverträgen	81
§ 6	Kritische und rechtspolitische Würdigung der französischen Regelung	85
I.	Das französische System	85
II.	Berechtigung des Erbvertragsverbots	86
1.	Votum mortis	87
2.	Beseitigung aristokratischer Privilegien	88

3. Alternative: Testament - Schenkung unter Lebenden	89
4. Testierfreiheit	89
§ 7 Möglichkeiten der Rechtsangleichung im deutsch- französischen Verhältnis	95
2. Teil: Erbverträge im französischen und deutschen Kollisionsrecht	99
§ 8 Problematik	99
I. Tatsächliche Bedeutung internationaler Erbverträge	99
II. Die kollisionsrechtlichen Schwierigkeiten der Praxis	101
III. Der Gang der Darstellung	103
§ 9 Pactes sur succession future im französischen Kollisionsrecht	105
I. Die Rechtsprechung	105
1. Vorbemerkung	105
2. Die Urteile	105
II. Analyse	113
1. Das französische internationale Erbrecht	113
2. Die Ermittlung der Kollisionsnorm (Qualifikation)	115
a) Vertragsstatut	115
aa) Grundsatz	115
bb) Würdigung der Rechtsprechung	117
b) Erbstatut	118
aa) Grundsatz	118

bb) Kritik der Rechtsprechung	120
cc) Folgen des unzulässigen Erbvertrages	125
(1) Partielle Unwirksamkeit	125
(2) Umdeutung	125
c) Formprobleme	126
aa) locus regit actum	126
bb) Zulässigkeit des Erbvertrages als Formfrage	127
3. Ordre public international	127
a) Analyse der Rechtsprechung	128
b) Gründe für ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel	130
aa) Voraussetzungen des ordre public	131
bb) Ordre public bei den pactes sur succession future	132
(1) votum mortis	133
(2) Testierfreiheit	133
(3) Pflichterbrecht	134
(4) Ordre public zur Prävention ?	135
§ 10 Die institution contractuelle im französischen Kollisionsrecht	136
I. Die Rechtsprechung	136
1. Einführung	136
2. Die Urteile	136
II. Der Meinungsstand	143
1. Vertragsstatut	143
2. Ehegüterstatut	145
3. Fähigkeitsstatut	148
4. Statut der persönlichen Ehewirkungen	151
5. Erbstatut	157

§ 11	Zusammenfassung: Erbeinsetzungsverträge im französischen Kollisionsrecht. Statutenwechsel	161
I.	Die kollisionsrechtliche Behandlung von Erbeinsetzungsverträgen	161
1.	Erbsstatut	161
2.	Maßgeblichkeit anderer Kollisionsnormen	162
II.	Statutenwechsel	163
1.	Problematic	163
2.	Erbverträge im intertemporalen Recht	164
3.	Statutenwechsel	165
a)	Eingangsstutenwechsel	166
b)	Ausgangsstutenwechsel	167
§ 12	Erbverträge im deutschen Kollisionsrecht	168
I.	Internationale Erbverträge in der deutschen Rechtsprechung	168
1.	Vorbemerkung	168
2.	Die Rechtsprechung	168
a)	bis zum Inkrafttreten des BGB	168
b)	unter der Herrschaft des BGB	170
II.	Deutsches internationales Erbrecht	175
III.	Qualifikation von Erbverträgen	176a
1.	Ausgangspunkt	176a
a)	Begriff der Qualifikation	176a
b)	Methode der Qualifikation	177
2.	Qualifikation von deutsch-französischen Erbverträgen	178
a)	Einführung	178
b)	Qualifikation der institution contractuelle	179

aa)	institution contractuelle durch Dritte im Ehevertrag	179
	(1) Ehegüterstatut	180
	(2) Erbstatut	180
bb)	institution contractuelle unter Ehegatten im Ehevertrag	182
	(1) Ehegüterstatut	182
	(2) Erbstatut	183
cc)	institution contractuelle während der Ehe	184
	(1) Ehwirkungsstatut	185
	(2) Testament oder Erbvertrag	187
c)	Besondere Ausgestaltungen der institution contractuelle	189
aa)	Die donation cumulative de biens présents et à venir	189
bb)	Die promesse d'égalité	189
d)	Fortsetzungsklauseln in Gesellschaftsverträgen	190
IV.	Gültigkeit des Erbvertrages	191
1.	Ausgangspunkte	191
2.	Wirksamkeit	191
a)	Erbvertrag zwischen Nichtehegatten	192
aa)	Inhaltliche Zulässigkeit	192
bb)	Umdeutung	193
cc)	Partielle Unwirksamkeit	194
	(1) bei gegenseitigem Erbvertrag	194
	(2) durch Nachlaßspaltung	195
dd)	Geschäftsfähigkeit	196
b)	Erbvertrag zwischen Ehegatten	197
aa)	Inhaltliche Zulässigkeit	197
bb)	Umdeutung	198

	<u>Seite</u>
cc) Partielle Unwirksamkeit	199
dd) Geschäftsfähigkeit	199
V. Exkurs: Vermeidung der (teilweisen) Unwirksamkeit von Erbverträgen durch Parteiautonomie im internationalen Erbrecht ?	200
VI. Formprobleme	202
1. Grundsatz	202
2. Besonderheiten bei der notariellen Beurkundung von Erbverträgen mit Auslandsberührung	203
a) Beurkundung durch deutschen Notar bei französischem Erbstatut	204
b) Beurkundung durch französischen Notar bei deutschem Erbstatut	205
VII. Sicherungsmöglichkeiten des institué zu Lebzeiten des Erblassers	206
1. Das Problem	206
2. Sicherung an deutschen Grundstücken	206
3. Sicherung bei Mobilien	207
§ 13 Statutenwechsel	208
I. Problematik	208
1. Eingangsstatutenwechsel	208
2. Ausgangsstatutenwechsel	208
II. Die Behandlung des Statutenwechsels im deutschen Kollisionsrecht	209
1. Ausgangspunkt	209
2. Eingangsstatutenwechsel	209
a) Fähigkeit. Pflichtteil	209
b) Inhaltliche Zulässigkeit	210
c) Willensmängel	212
d) Vertragliche Aufhebung	213
3. Ausgangsstatutenwechsel	213

Literaturverzeichnis

- Ago, Roberto Règles générales des conflits des lois,
in: Rec.cours 1936 IV 247-469
- Amos und Walton Introduction to French Law, 3.Aufl.
bearb.v.Lawson, Anton und Brown, Ox-
ford 1967
- Aubry und Rau Droit civil français; Band I bearb.von
Esmein und Ponsard, 7.Aufl.1964; Band
IX bearb.von Esmein, 6.Aufl.1953;
Band XI bearb.von Esmein, 6.Aufl.1956;
Paris
- Audinet, Eugène Anm.zu Cour d'appel d'Alger 2.5.1898,
S.1900.2.257
- Avant-projet de Code Deuxième Partie, Livre II: Des succes-
civil sions et de libéralités, Paris 1962
- Bartholomeyczik, Horst Erbeinsetzungen, andere Zuwendungen und
Erbschein, in: 5.Denkschrift des Erb-
rechtsausschusses der Akademie für
Deutsches Recht, Tübingen 1942
- Bartin, E. Principes de droit international privé
selon la loi et la jurisprudence fran-
çaise, Band II, Paris 1932
- Batiffol, Henri Droit international privé, Band I und
II, 5.Aufl. unter Mitwirkung von Paul
Lagarde, Paris 1970/71
- ders. Contrats et conventions, in: Dalloz,
Répertoire de droit international,
Band I, Paris 1968
- ders. Aspects philosophiques du droit inter-
national privé, Paris 1956
- ders. Les conflits de lois en matière de con-
trats, Paris 1938
- ders. Droit comparé, droit international pri-
vé et théorie générale du droit, Rev.
int.dr.comp. 22 /1970/ 661-674

- ders. Anm. zu Cass. civ. 15.2.1966, Rev. crit. dr. int. pr. 55 /1966/ 275-279
- ders. Anm. zu Cour d'appel de Paris 4.7.1963, Rev. crit. dr. int. pr. 52 /1963/ 780-781
- ders. Anm. zu Tribunal civil de la Seine 12.7.1962, Rev. crit. dr. int. pr. 61 /1962/ 696-699
- ders. Anm. zu Cass. civ. 15.1.1952, S. 1954.1. 185
- ders. Anm. zu Cour d'appel de Colmar 19.2.1949, Rev. crit. dr. int. pr. 39 /1950/ 55-57
- ders. Anm. zu Cass. req. 15.3.1933, S. 1934.1. 393
- Behrens, Peter OHG und erbrechtliche Nachfolge. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 1969
- Bellet, P. Documentation: Comité français de droit international privé, Rev. crit. dr. int. pr. 59 /1970/ 160-164
- v. Beseler, Georg Die Lehre von den Erbverträgen, 2. Theil, 1. Band, Göttingen 1837
- Beudant, Ch. Cours de droit civil français, Band VII, 2. Aufl., Paris 1934
- Bévin Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future, Thèse Paris 1942
- Blumenwitz, Dieter Zum Kollisionsrecht der notariellen Urkunde, DNotZ 1968, 712-750
- Bosco, Giacinto Corso di diritto internazionale privato, 2. Aufl., Florenz 1937
- Boulanger, François Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne, Paris 1964
- Boulanger, Jean Pacte sur succession future, in: Dalloz, Répertoire de droit civil, Band III, Paris 1953 (Mise à jour 1971)

- Buffelan-Lanore, Yvaine Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, Paris 1963
- van der Burg, V.A.M. De opheffing van het verbod van gemeenschappelijke en mutuele testamenten in Boek 4 N.B.W., WPNR 1970, Nr.5106, 535-537
- Caleb, M. Anm.zu Cour d'appel de Colmar 14.11.1961, Rev.crit.dr.int.pr. 52 1963 538-542
- Capitant, Henri Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 5.Aufl.bearb.von Weill und Terré, Paris 1970
- Carbonnier, Jean Droit civil, Band I, 8.Aufl., Paris 1969
- Cavarroc, R. Anm.zu Cass.civ.15.1.1952, Sem.jur. 1952 II 6944
- Chambre des notaires du département du Bas-Rhin Anm.zu Cour d'appel de Colmar 19.2.1949, Rev.jur.d'Alsace et de Lorraine 30 1949 315-316
- Colin, Ambroise, und Capitant, Henri Cours élémentaire de droit civil français, Band III, 10.Aufl.bearb.von Julliot de la Morandière, Paris 1955
- dies. Traité de droit civil, Band II, bearb. von Julliot de la Morandière, Paris 1959
- Comité français de droit international privé La codification du droit international privé, Paris 1956
- III^e Conférence de la Haye pour le droit international privé (29.5. - 18.6.1900) Actes, Den Haag 1900
- 58^e congrès des notaires de France Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et de successions, Nizza 1960
- Degand, Henri Anm.zu Cour d'appel de Colmar 19.2.1949, Rev.jur. d'Alsace et de Lorraine 30 1949 313-314

- Delaume, G.-R. und Flattet, Guy Anm.zu Tribunal civil de Mulhouse 19.1.1950, Sem.jur.1952 II 6845
- dies. Anm.zu Tribunal civil de Mulhouse 19.1.1950, Journal des Tribunaux, Droit fédéral 99 [1951] 2-8
- Demey, Julien De la liquidation et du partage des successions en droit international, Paris 1926
- ders. Donation entre époux étrangers prohibées par la loi étrangère. Leur sort en France, Journ.Not.185 [1954] 233-234
- Déprez, Jean Anm.zu Cour d'appel de Paris 27.5.1965, Rev.crit.dr.int.pr.54 [1965] 544-551
- Dölle, Hans Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, RabelsZ 30 [1966] 205-240
- Donnedieu de Vabres, Jacques L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XX^e siècle, Paris 1938
- Donnier, Marc Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux, Rev.trim.dr.civ. 54 [1956] 627-654
- Droz, Georges A.L. Loi applicable aux donations entre époux en droit international privé français, Journ.Not.196 [1965] Art.47445
- ders. Anm.zu Cass.civ.22.12.1970, Journ. Not.202 [1971] Art.50097
- ders. Questionnaire et commentaire sur le droit international privé des successions, Den Haag 1969
- Dumoulin, Franz Josef Vereinheitlichung des internationalen Ehegüter- und Erbrechts, RabelsZ 28 [1964] 425-435
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB bearb.von Marquardt, 4.Aufl., Münster 1967

- ders. Zur Bindung an das gemeinschaftliche Testament im deutschen internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Jahreiß 143-162 Köln/Berlin usw.1964
- Koch Successio ab intestato civilis 1798
- Koschaker, Paul Europa und das römische Recht, 4.Aufl., München/Berlin 1966
- Kropholler, Jan Besprechung von Recueil des cours Band 114 ff., RabelsZ 34 [1970] 776-785
- Kühne, Gunther Schenkungen unter Ehegatten, insbesondere ihre Rückabwicklung nach der Scheidung im deutschen materiellen und internationalen Privatrecht, FamRZ 1969, 371-380
- Labbé, J.E. Anm.zu Cass.req.20.2.1882, S.1882.1. 145
- Lagarde, Paul Succession, in: Dalloz, Répertoire de droit international, Band II, Paris 1969
- Lalou, Henri Anm.zu Cour d'appel de Paris 22.7.1950, D.1950.722
- de La Pradelle, Géraud Les conflits de lois en matière de nullités, Paris 1967
- Laurent, F. Le droit civil international, Band VI, Brüssel/Paris 1881
- Le Bris, Raymond-François Anm. zu Cour d'appel de Paris 26.2.1964, Rev.crit.dr.int.pr. 54 [1965] 336-345
- Lerebours-Pigeonnière, Paul und Loussouarn, Yvon Droit international privé, 9.Aufl., Paris 1970
- Lewald, Hans Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931
- Loussouarn, Yvon Donations et testaments, in: Jurisclasseur droit international Fasc.557 B
- ders. Anm.zu Tribunal civil de Lyon 26.11.1950, Rev.crit.dr.int.pr.40 [1951] 513-520

- ders. Anm.zu Tribunal civil de Mulhouse 19.1.1950, Rev.crit.dr.int.pr. 40 [1951] 136-140
- Loysel, Antoine Institutes coutumières, Band I bearb. von Dupin und Laboulaye, Paris 1846
- Malaurie, Philippe Anm.zu Cass.civ.15.2.1966, D.1966.370
- de la Marnierre Anm.zu Cour d'appel de Paris 26.2.1964, D.1965.27
- Maury, Jacques L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à loi, Valladolid 1952
- Mazeaud, Henri, Léon und Jean Leçons de droit civil, Band I-IV, 2. und 3. Aufl., Paris 1963/66
- Monaco, Riccardo L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato), 2. Aufl., Turin 1964
- Morel, René Anm.zu Cass.civ.30.11.1937, S.1938.1.241
- Morin, Georges Anm.zu Cass.chambre mixte 27.11.1970, Rép.not.defr.91 [1971] Art.29786
- Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V, Berlin 1899
- Nast, Marcel Etude sur la prohibition des pactes sur succession future, Thèse Paris 1905
- ders. Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole, propre à l'un des époux, D.H.1929 Chron.37-40
- Nerson, Roger La réforme de la publicité foncière, D.1955 Chron.151-162
- Neubecker, Friedrich Carl Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehr, Leipzig 1914
- Neuhaus, Paul Heinrich Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlin/Tübingen 1962
- ders. Europäisches Familienrecht, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Dölle, Band II 419-435, Tübingen 1963

- Neumayer, Karl H. Anm.zu LG Berlin 3.4.1950, RabelsZ 17
/1952/ 133-134
- Niboyet, J.-P. Cours de droit international privé
français, 2.Aufl., Paris 1949
- ders. Traité de droit international privé,
Band IV: La territorialité, Paris 1947
- ders. Ordre public, in: Répertoire de droit
international, Band X, Paris 1931
- Les Nouvelles Droit civil, Band IV: Théorie générale
des obligations, Brüssel 1957
- Nußbaum, Arthur Deutsches internationale Privatrecht,
Tübingen 1932
- ders. Droit international privé de l'Alle-
magne (Conflits de lois) in: Réper-
toire de droit international, Band
VII, Paris 1930
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 30.Aufl.,
München 1971 (zit.Palandt (-Bearbei-
ter))
- Planiol, Marcel und Ripert, Georges Traité pratique de droit civil fran-
çais, Band III bearb.von Picard,
Band IV von Maury und Vialleton,
Band V von Trasbot und Loussouarn,
Band VII von Esmein, Radouant und
Gabolde, Band VIII von Boulanger,
2.Aufl., Paris 1952 ff.
- Ponsard, André Donations, Donations entre époux, in:
Dalloz, Répertoire de droit interna-
tional, Band I, Paris 1968
- ders. La réforme des régimes matrimoniaux,
Paris 1966
- ders. Persönliche Rechtsbeziehungen der
Ehegatten (Französisches Recht), in:
Das internationale Familienrecht
Deutschlands und Frankreichs 43-62,
Tübingen 1955
- ders. Anm.zu Cour d'appel de Paris 26.2.
1964, Clunet 91 /1964/ 578-579
- ders. Anm.zu Cour d'appel de Paris 4.7.1963,
Clunet 91 /1964/ 73-77

- Raape, Leo Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin/Frankfurt 1961
- ders. Der Notar und das internationale Privatrecht, DNotZ 1950, 188-198
- Rabel, Ernst The Conflict of Laws, Band I, 2. Aufl., Ann Arbor 1958
- ders. Das Problem der Qualifikation, RabelsZ 5 1931 241-288
- Renauld, Jean Droit patrimonial de la famille, Band I: Régimes matrimoniaux, Brüssel 1971
- Rigaux, François Droit international privé, Brüssel 1968
- ders. La théorie des qualifications en droit international privé, Paris 1956
- Ripert, Georges Société civile, in: Dalloz, Répertoire de droit civil, Band V, Paris 1955 (Mise à jour 1971)
- ders. La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé, Rev.gén.dr.com. 1 1938 8-18
- Ripert, Georges und Boulanger, Jean Traité de droit civil, Band IV, Paris 1959
- Rodière, René La transcription des institutions contractuelles, Rev.trim.dr.civ.39 1940/41 539-567
- Roubier, Paul Le droit transitoire, 2. Aufl., Paris 1960
- ders. Anm. zu Cass.civ. 14.6.1948, Sem.jur. 1949 II 4661
- Rühl, Helmut Erbvertrag, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band III, 132-142, Berlin 1931
- Savatier, René Jurisprudence en matière de droit civil: Successions et libéralités, Rev.trim.dr.civ. 65 1967 850-855; 60 1962 140-146; 54 1956 160-171

- von Savigny, Friedrich Carl System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, Berlin 1849
- Scheuermann, Thomas Statutenwechsel im internationalen Erbrecht, München 1969
- Schiffer, Eckart Der Begriff des ordre public in der französischen Rechtsprechung und seine Anwendung im internationalen Privatrecht (masch.geschr.), Diss. Köln 1952
- Schulz-Zabel, Ellen Verhältnis des Erbvertrages zum gemeinschaftlichen Testament, Diss. Köln 1969
- Schwartz, Isidor Internationale Kollisionen bei der Errichtung von Erbverträgen, NiemeyersZ 41 1929 382-384
- Septimus conventus ex omni latinitate scribarum Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, Brüssel 1963 (zit. Notariat latin)
- Siebert, Wolfgang Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., Karlsruhe 1958
- ders. Schenkung, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band VI 144-158, Berlin 1938
- Simó Santoja, Vicente L. Derecho sucesorio comparado, Madrid 1968
- Soergel, Hs.Th. und Siebert, W. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin usw. 1967 ff (zit. Soergel (-Bearbeiter))
- Sortais, Jean-Pierre Le titre et l'émolument, Paris 1961
- von Staudinger, J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10./11. Aufl., Berlin 1954 ff. (zit. Staudinger (-Bearbeiter))
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl., Band VI 2. Teil bearb. von Raape, München/Berlin usw. 1931

- Thébault, E.-P. Succession, in: Répertoire de droit international, Band X, Paris 1931
- Timbal, P.C. Droit romain et ancien droit français (Régimes matrimoniaux, successions, libéralités), Paris 1960
- ders. in: Jurisclasseur civil Art.1091-1100 Fasc.A
- Travaux du Comité Français de droit international privé Septième Année (1945-1946), Paris 1948
- Travaux de la Commission de réforme du Code civil Année 1946/47 und Année 1947/48
- Verdier, Jean-Maurice Les droits éventuels, Paris 1955
- Véron, Michel La donation de biens à venir entre époux au cours du mariage et la loi du 6 novembre 1963, D.1965 Chron.99-104
- Vialleton, H. Anm.zu Cass.civ.24.1.1928, S.1929.1.139
- Viatte, Jean Anm.zu Cass.civ.12.1.1970, Journ.Not. 202 1971 Art.50021
- Vismara, G. Storia dei patti successori, Band I, Mailand 1941
- Voirin, Pierre Donations mutuelles entre époux et clauses de réversibilité, Sem.jur.1963 I 1809
- ders. Anm.zu Cour d'appel de Paris 27.5.1964, Sem.jur.1965 II 13991
- ders. Anm.zu Cass.req.10.7.1944, Sem.jur. 1944 II 2732
- de Vos, Léopold Le problème des conflits de lois, Band I, Brüssel 1946
- Weber, Oskar Nochmals: Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr, NJW 1955, 1784-1786

- Wengler, Wilhelm Gutachten zum internationalen und ausländischen Familien- und Erbrecht, Band II: Erbrecht, Berlin 1971
- Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., Göttingen 1967
- Wiedemann, Herbert Abfindungs- und Wertfestsetzungsvereinbarungen unter zukünftigen Erben, NJW 1968, 769-773
- Wiederkehr, Georges Les conflits de lois en matière de régime matrimonial, Paris 1967
- Winkler, Wolfgang Die Schenkung auf den Todesfall im internationalen Privatrecht, Diss. München 1967
- Wolf, Erik Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.Aufl., Tübingen 1963
- Wolff, Martin Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3.Aufl. Berlin/Göttingen usw. 1954
- Zitelmann, Ernst Internationales Privatrecht, Band II, München/Leipzig 1912
- Zweigert, Konrad Bereicherungsansprüche im internationalen Privatrecht, SJZ 1947, 247-254
-

Abkürzungsverzeichnis

Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des
Code civil

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
bayObLG	bayerisches Oberstes Landesgericht
bayObLGZ	Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Cour de Cassation
Cass.civ.	Cour de Cassation (chambre civile)
Cass.req.	Cour de Cassation (chambre des re- quêtes)
chap.	chapitre
Chron.	Chronique
Clunet	Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée
cod.civ.	Codice civile
D.	Dalloz
D.H.	Dalloz Hebdomadaire
ders.	derselbe
dies.	dieselben
disp.prel.	Disposizioni sulla legge in generale (disposizioni preliminari)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
D.P.	Dalloz Périodique
DR	Deutsches Recht (Wochenausgabe)
EGGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Einl.	Einleitung
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Giur.it.	Giurisprudenza italiana
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
Journ.Not.	Journal des notaires et des avocats
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niederlassenen und Aufenthaltler
NEW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NiemeyersZ	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OR	Obligationenrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Randnr.	Randnummer
Rec.cours	Recueil des cours de l'Académie de droit international
Rép.dr.int.	Répertoire de droit international
Rép.not.defr.	Répertoire du notariat defrenois
Rev.crit.dr.int.pr.	Revue critique de droit international privé

Rev.gén.dr.com.	Revue générale de droit commercial
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev.jur.d'Alsace et de Lorraine	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine
Rev.jur.pol.Un.fr.	Revue juridique et politique de l'Union française
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Recueil Sirey
Sem.jur.	La semaine juridique
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Trib.	Tribunal
Ulp.D.	Ulpian, Digesten
vgl.	vergleiche
v ^o	verbo, Stichwort
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris- ambt en Registratie
ZGB	Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert.

E i n l e i t u n g

Im deutschen Recht gehören Erbverträge zum sicheren Bestand erbrechtlicher Institute. Schon im gemeinen Recht galt:

"In Germania triplicem habemus successionis rationem, vel ex pacto, vel ex testamento, vel ex lege..."⁺⁾). Der Code civil hingegen kennt nur zwei Berufungsgründe: 'succession' und 'testament'. Erbverträge sind verboten, weil jeder Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft unzulässig ist; ausgenommen sind Erbverträge, die zugunsten von oder unter Ehegatten abgeschlossen werden.

Die vorliegende Arbeit stellt im ersten - auslandsrechtlichen - Teil die französische Regelung dar. Auf eine Wiedergabe des deutschen Rechtszustandes wird verzichtet. Vornehmliches Ziel des auslandsrechtlichen Teils ist es zu zeigen, daß das strikte Verbot von Verträgen über eine noch nicht angefallene Erbschaft immer mehr durchbrochen wird, sich mithin die ursprünglich konträren Standpunkte des französischen und deutschen Gesetzgebers annähern.

Der zweite - kollisionsrechtliche - Teil behandelt die Spannungen, die bei Erbverträgen im deutsch-französischen Ver-

⁺⁾ Koch, Successio ab intestato civilis § 7 - 2 -

hältnis auftreten können. Trotz der praktischen Bedeutung haben Schrifttum und Rechtsprechung die hierbei auftretenden Probleme nur punktuell untersucht; insbesondere in Frankreich fehlen eingehende Stellungnahmen. Der kollisionsrechtliche Teil, in dem das internationale Privatrecht Frankreichs und Deutschlands getrennt dargestellt wird, will daher einen Überblick über Rechtsprechung und Lehre vermitteln, um aus den Einzeläußerungen Leitlinien für die praktische Behandlung internationaler Erbverträge zu entwickeln.

Erster Teil

Erbverträge im französischen Sachrecht

§ 1

Begriff und systematische Stellung des Erbvertrages im Code civil

I. Begriff des Erbvertrages

1. Deutsche Terminologie

Im deutschen Recht ist der Begriff des Erbvertrages fest umgrenzt. Erbvertrag ist allein der Vertrag, durch den der Erblasser einen Erben einsetzt, ein Vermächtnis auswirft oder eine Auflage anordnet (Legaldefinition des § 1941 BGB). Das BGB hat damit nicht die Terminologie des gemeinen¹⁾ und heutigen schweizerischen²⁾ Rechts übernommen, das zwischen dem akquisitiven und dem renuntiativen (negativen) Erbvertrag (Erbverzicht) unterscheidet.

2. Französische Terminologie

Der pacte³⁾ sur succession future hat eine viel umfassendere Bedeutung als der deutschrechtliche Erbvertrag. Dies erhellt

1) Zur Terminologie im gemeinen Recht Beseler 18 ff.

2) Ferid/Firsching, Schweiz, Grundzüge Randnr.107

3) Dem Wort "pacte" kommt keine besondere Bedeutung zu; es ist synonym zu "contrat", vgl. Boulanger Nr.2

aus Art.1130 Abs.2, der lautet:

"On ne peut ... renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit."

Zu deutsch:

Auf eine noch nicht angefallene Erbschaft kann man nicht verzichten, noch ist es möglich, über einen Nachlaß eine Vereinbarung zu treffen, selbst dann, wenn derjenige, um dessen Nachlaß es geht, der Vereinbarung zustimmt.

Daraus ergibt sich: Art.1130 Abs.2 umfaßt die deutschen Fälle des Erbvertrages, des Erbverzichts sowie den Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312 BGB)⁴⁾. Der Inhalt des Art.1130 Abs.2 wird allgemein durch den Grundsatz der prohibition des pactes sur succession future (Verbot der Verträge über eine zukünftige Erbschaft) gekennzeichnet. Wenn daher im französischen Schrifttum von diesem Verbot die Rede ist, muß man sich immer vor Augen halten, daß der Begriff nicht nur Erbeinsetzungsverträge umfaßt. Zur Klarheit wird daher im Text von

4) Die Übersetzungen des deutschen Begriffs "Erbvertrag" sind nicht einheitlich. Batiffol II Nr.640 übersetzt "succession contractuelle" und "contrat d'hérédité". Im Italienischen ist der Ausdruck "patto successorio" gebräuchlich, während das Spanische von "sucesión contractual" bei den Erbeinsetzungsverträgen, dagegen von "pacto sucesorio" bei den Verträgen über den Nachlaß eines lebenden Dritten spricht.

pacte sur succession future gesprochen, wenn der weite französische Sinn gemeint ist, dagegen von Erbeinsetzungs-, Erbverzichtsverträgen usw., wenn von bestimmten Vertragstypen des Erbrechts die Rede ist.

Der Begriff des pacte sur succession future ist sehr vage; eine sichere Begriffsbestimmung ist bis heute nicht gelungen. Es genügt, daß der Vertrag im Hinblick auf eine zukünftige Erbschaft geschlossen wurde. Die Rechtsprechung geht von folgendem Begriff aus⁵⁾:

"Toutes les stipulations ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte."

Boulanger⁶⁾ hält die Definition einerseits für zu weit, andererseits für zu eng, da sie nicht die Erbverzichtsverträge umfasse. Er definiert daher:

"Est un pacte sur succession future toute convention qui intervient en considération d'une succession non encore ouverte, et par laquelle l'une des parties se fait attribuer ou abdiquer des droits purement éventuels dans cette succession."

5) Cass.civ.11.1.1933, D.P.1933.1.10

6) Boulanger Nr.7, ähnlich Nast Nr.189

Trotz dieser sehr weiten Begriffsbestimmung muß im Einzelfall immer untersucht werden, ob es sich um eine den Nachlaß betreffende (verbotene) Vereinbarung oder um ein (erlaubtes) Geschäft handelt, bei dem etwa der Tod nur der Termin für die Fälligkeit einer Forderung ist. Erlaubte und verbotene Verträge abzugrenzen, erfordert sehr oft subtile Überlegungen⁷⁾.

II. Systematische Stellung des Erbvertrages im Code civil

1. Kein Buch 'Erbrecht'

Der Code civil kennt im Gegensatz zum deutschen Recht nur zwei Gründe der Berufung zum Erben, nämlich Erbfolge kraft Gesetzes (succession) und kraft Testamentes (legs). Beide Institute werden systematisch anders als im deutschen Recht eingeordnet. Es gibt im Code civil kein Buch, das den Titel 'Erbrecht' hätte. Vielmehr regelt das zwanzig Titel umfassende Dritte Buch des Code civil unter der Überschrift "Die verschiedenen Arten des Eigentumserwerbs" im Ersten Titel die Intestaterbfolge und im Zweiten Titel die libéralités, nämlich Schenkungen und Erbfolge kraft Testamentes. Dieser Titel wird durch die grundlegende Vorschrift des Art. 893 eingeleitet: Man kann unentgeltlich über sein Vermögen

7) Dazu unten 3 II 2

nur durch Schenkung unter Lebenden oder durch Testament verfügen⁸⁾. Der *numerus clausus* der *libéralités* wird bestätigt durch Art.1130 Abs.2, der jeden Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft ausschließt.

2. Stellung des Verbots der *pactes sur succession future*

Das in Art.1130 Abs.2 festgelegte grundsätzliche Verbot der *pactes sur succession future* findet sich nicht im Titel "*Des donations entre vifs et des testaments*".

Es ist bei den allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verträge, nämlich beim Vertragsgegenstand ausgesprochen. Das französische Recht sieht in dem Nachlaß eines Vertragsteils oder eines Dritten keinen zulässigen Vertragsgegenstand (*objet illicite*)⁹⁾. Ohne die Systematik des Code civil überbewerten zu wollen¹⁰⁾, muß man sich über diese Stoffaufteilung im klaren sein. Nur sie erklärt, daß bei der Behandlung der *pactes sur succession future* schuldrechtliche Gesichtspunkte angeführt werden. Dies gilt auch für die wichtigste Ausnahme zu Art. 1130 Abs.2, die *institution contractuelle*, die bei den *donations*, einer besonderen Art von Schuldverträgen, geregelt ist. Der Grundsatz des Verbots der *pactes sur*

8) Rühl 138 weist darauf hin, daß Art.893 dem Gesetz widerspreche, da die *institution contractuelle* existiere

9) Mazeaud II Nr.252

10) Neubecker 65 warnt davor, aus dem System des Code civil Schlüsse für die Erbverträge ziehen zu wollen

succession future kehrt an verschiedenen Stellen des Code civil wieder, so in Art.791 (Verbot des Erbverzichts), Art.1389 (Verbot, in einem Ehevertrag die gesetzliche Erbfolge zu ändern)¹¹⁾ und Art.1600 (Verbot, den Nachlaß einer lebenden Person zu verkaufen).

Daß Art.1130 Abs.2 den Grundsatz wiedergibt und Artt. 1089, 1389, 1868 als die Ausnahmen zu diesem Grundsatz zu betrachten sind, ist herrschende Meinung¹²⁾. Nur Julliot de la Morandière¹³⁾ vertritt eine Umkehrung des Verbots-Ausnahmeprinzips: Der Grundsatz sei die Vertragsfreiheit, Ausnahme dazu Art.1130, der demnach restriktiv auszulegen sei. Richtschnur für die Auslegung seien die Fälle, in denen der Code civil die Erbverträge zulasse; aus den Grundgedanken dieser Bestimmungen sei das Erbvertragsverbot einzuschränken. Diese Argumentation wirkt gezwungen. Jedem Grundsatz läßt sich ein übergeordnetes Rechtsprinzip zuordnen, das den Grundsatz zur Ausnahme werden läßt. Außerdem widerspricht diese Auffassung der Entstehungsgeschichte des Code civil¹⁴⁾.

11) Beachte allerdings die unten § 5 I dargestellte Ausnahme des Art.1390, der durch die Güterrechtsreform von 1965 eingeführt wurde

12) Colin/Capitant, Traité II Nr.706, Planiol/Ripert (-Maury/Vialleton) IV Nr.20 und (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.767, Mazeaud IV 2 Nr.693

13) D.1947 Chron.4

14) Ebenso Mazeaud IV 2 Lectures nach Nr.706 (S.40)

§ 2

Geschichte der Erbverträge bis zum Code civil

Eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Erbverträge ist nicht nur von historischem Interesse. Vielmehr ist eine eingehendere Behandlung erforderlich, um die starre Haltung des französischen Rechts zu verstehen, das sich gerade bei dem Verbot des Art.1130 Abs.2 auf das römische Recht beruft¹⁵⁾.

I. Das römische Recht

1. Ursprung des Verbots der Erbverträge

Es ist allgemein anerkannt, daß das römische Recht dem Erbvertrag ablehnend gegenüberstand¹⁶⁾. Zur Stützung der Ansicht, daß Rom ein absolutes Erbvertragsverbot kannte, führen die Autoren Jul. D.45, 1, 61 an, wo es heißt: "Stipulatio hoc modo concepta "si heredem me non feceris, tantum dare spondes ?" inutile est, quia contra bonos mores est haec stipulatio"¹⁷⁾. Sinn einer solchen stipulatio wäre, den Erblasser mittels einer Vertragsstrafe zu zwingen, eine bestimmte Person als Erben einzusetzen¹⁸⁾.

15) Colin/Capitant, Traité II Nr.702: "La prohibition (des pactes sur succession future) remonte au Droit romain."

16) Vismara 63 mit ausführlichen Nachweisen

17) Ähnlich Codex 2,4,34:"... nec ad impleendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur."

18) Vismara 78

Das moderne Gegenstück zu dieser stipulatio ist § 2302 BGB. Ebenso wie sich an diese Bestimmung die Frage knüpft, ob ein nach § 2302 BGB ungültiger Vertrag, der die Verpflichtung zur Erbeinsetzung enthält, als Erbvertrag aufrechterhalten werden kann¹⁹⁾, bemühen sich die rechtshistorischen Schriftsteller, aus dem angeführten Zitat Julians ein Verbot des Erbeinsetzungsvertrages herzuleiten²⁰⁾. Es erscheint müßig, im einzelnen zu untersuchen, ob es sich bei der Stelle um einen Erbeinsetzungsvertrag oder um einen Vertrag im Sinne von § 2302 BGB handelt. Der Wortlaut "dare spondes" spricht eher für eine Verpflichtung, den Vertragspartner einzusetzen, als für eine unmittelbare Einsetzung zum Erben; dies wird durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe nur noch erhärtet. Allerdings sind weitere Quellen bekannt, die das Verbot vertraglicher Erbeinsetzungen deutlicher ausdrücken. So ist in Codex 2,3,15 und 5,14,5 das Verbot niedergelegt, in Dotalverträgen Erbverträge zu vereinbaren. Codex 2,3,19 stellt fest, daß auch eine Umdeutung des Vertrages in eine Schenkung auf den Todesfall nicht möglich ist. Die Behauptung Vismaras, das römische Recht verbiete nicht ausdrücklich Erbverträge, ist daher zu undifferenziert²¹⁾.

19) BGH 7.10.1960, MDR 1961, 128

20) So Beseler 105

21) Vismara 79: "Non se vieta dunque il patto successorio, ma qualsiasi obbligazione di istituire....."

2. Widerruflichkeit der Verfügungen von Todes wegen

Entscheidend ist im römischen Recht, daß Erbverträge gegen den elementaren Grundsatz der freien Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen verstoßen. "Ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum"²²⁾.

Das klassische römische Recht kannte drei Testamentsformen, von denen hier nur die wichtigste kurz angeführt werden soll, da sie sich durchsetzte²³⁾: Das 'testamentum per aes et libram'. Dieses Testament hatte sich aus der mancipatio familiae entwickelt, deren rechtliche Charakterisierung Schwierigkeiten bereitet, da sich in diesem Institut Elemente eines Veräußerungsgeschäfts, der Testamentsvollstreckung und der letztwilligen Verfügung mischen. Durch die mancipatio familiae überträgt der Erblasser sein Vermögen auf einen Treuhänder, wobei er festlegt, wem bei seinem Tode dieses Vermögen zufallen soll. Dieses Geschäft, das eine vertragliche Regelung für den Todesfall darstellt, war wie jedes Veräußerungsgeschäft unwiderruflich²⁴⁾. In der jüngeren

22) Ulp. D. 34, 4 4

23) Im einzelnen Kaser 1. Abschnitt 92 ff.

24) Vismara 68 mit Darstellung der Meinungen zu dieser umstrittenen Frage; Kaser 94

Republik verliert der Treuhänder, der familiae emptor, völlig an Bedeutung. Die mancipatio wird ein inhaltloser Begriff, an dessen Stelle allein die Berufung zum Erben tritt (nuncupatio)²⁵⁾. Dieses Rechtsgeschäft war ein Testament, nämlich das Mancipations- oder Libraltestament, das seinerseits frei widerruflich war²⁶⁾.

3. Vereinbarungen über den Nachlaß eines lebenden Dritten

Was die Vereinbarungen über den Nachlaß eines lebenden Dritten betrifft, so betrachteten die Römer diese nicht deshalb als nichtig, weil der Vertrag eines Gegenstandes entbehrte, sondern weil sie sittenwidrig waren. Das Problem wurde erst im Imperium mit dem zunehmenden Sittenverfall aktuell. Oft verkaufte der Sohn, der in Geldnöten war, die Erbschaft nach seinem Vater an einen Wucherer. Für diese Transaktion traf die Kennzeichnung von Justinian²⁷⁾ zu: "Sed nobis omnes huius modi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi periculosi eventus". Man sah also in der Vereinbarung die Gefahr des votum mortis, das den Begünstigten zu kriminellen

25) Kaiser 1. Abschnitt 95

26) Vismara 70

27) Codex 2,3,30

Akten treiben könnte²⁸⁾. Der geschilderte Fall ist der Ausgangspunkt für den votum mortis-Gedanken.

Das votum mortis wurde auch bei letztwilligen Verfügungen in der Zeit des Imperiums bedeutsam. Erbschleicher (captatores hereditatis) bemühten sich, altersschwache Erblasser dazu zu bewegen, sie als Erben einzusetzen. Eine derartige Einsetzung war für den captator sicherer zu halten, wenn sie (erb-)vertraglich vereinbart war; die Errichtung eines Testaments bot nicht diesen Schutz, da es widerruflich war. Der auf diese Weise Eingesetzte schreckte daher bisweilen nicht vor einem Mord zurück, um die Wartezeit abzukürzen²⁹⁾. Diese Praktiken bewogen den römischen Gesetzgeber in der späteren Kaiserzeit, Erbverträge zu verbieten.

Die Auswüchse waren nur der Anlaß für das Verbot; der rechtliche Grund war, die freie Widerruflichkeit der Testamente zu gewährleisten³⁰⁾. Das römische Recht sah

28) Bêvin 11

29) Vismara 85 Anm.2 weist darauf hin, daß man die Gefahr nicht überschätzen dürfe; auch sei sehr wahrscheinlich, daß es sich bei den Erbschleichern um Orientalen gehandelt habe

30) Vismara 86, Bêvin 14

auch einen Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nicht als sittenwidrig an, wenn nur der Erblasser diesem Vertrag zustimmte³¹⁾.

4. Ergebnis

Das Verbot der Erbverträge ergibt sich im römischen Recht nicht aus einem festgefügtten Prinzip, sondern aus Einzelregelungen, die sehr verschiedenartige Sachverhalte betreffen³²⁾. Das Verbot der Erbverträge muß in Zusammenhang mit den sozialen Gegebenheiten gesehen werden. Die Gefahr des gegen die guten Sitten verstoßenden *votum mortis* bestand vor allem in der Zeit des allgemeinen Sittenverfalls. Soweit das Verbot auf den Grundsatz der freien Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen gestützt wurde, ist zu berücksichtigen, daß das Testament in Rom eine fast kultische Bedeutung hatte. Es war beinahe eine Frage des gesellschaftlichen Prestiges, nicht *ab intestato* zu sterben³³⁾.

31) Kaser 2.Abschnitt 340 Anm.6

32) Ebenso Ripert/Boulanger IV Nr.1486; Nast Nr.44: "Plutôt des solutions d'espèces qu'une théorie d'ensemble"; vgl.auch die kritischen Bemerkungen zur These eines absoluten Erbvertragsverbots bei Hartmann 18

33) Bévin 14

II. Das altfranzösische Recht

Die 'Coutumes' des 'Ancien Droit' nahmen gegenüber vertraglichen Regelungen für den Todesfall eine positivere Haltung als das römische Recht ein. Dies erklärt sich aus der Einstellung der germanischen Rechte, die die Erbfolge fast ausschließlich unter dem Blickwinkel der Familie und Sippe und nicht der einzelnen am Erbfall beteiligten Personen sahen³⁴⁾. Die Zulassung des Testaments oder ähnlicher Institute setzt eine höhere Stufe der Rechtsentwicklung voraus, als sie das germanische Recht aufwies. Diesem war es fremd, daß der alleinige Wille des Erblassers über den Tod hinaus Wirkungen hinsichtlich des Familienvermögens zeitigen könne; es zog daher eine vertragliche Regelung unter Lebenden für den Todesfall vor.

Die vertragliche Erbeinsetzung war weitgehend zugelassen³⁵⁾ und spielte vornehmlich im Lehensrecht eine große Rolle. Da das Lehensverhältnis ursprünglich nur ein Band zwischen dem Lehensgeber und dem Lehensnehmer schuf, mußte für den Vasallen die Nachfolgefrage geregelt werden. Außerdem sollte das Recht des Erstgeborenen garan-

34) Bévin 18

35) Timbal, Droit romain et ancien droit français Nr.298

tiert und eine Zersplitterung des Lehensgutes vermieden werden³⁶⁾. Der ursprüngliche Doppelvertrag (Lehensgeber/Lehensnehmer und Lehensnehmer/Sohn) verschwand; an seine Stelle trat bei der Heirat des Sohnes das Versprechen des Vaters, das Lehen nach seinem Tod dem Sohn zu hinterlassen. Es handelte sich hierbei um den Ursprung³⁷⁾ der unten dargestellten institution contractuelle³⁸⁾. Im Hinblick auf den Gegenstand dieses Vertrages versteht es sich, daß die institution contractuelle auf den Adel beschränkt blieb.

Eine umfassende Rezeption des römischen Rechts hat in Frankreich nie stattgefunden³⁹⁾. Das mächtige französische Königtum des ausgehenden Mittelalters wußte durch die Hilfe der Legisten ein zu starkes Eindringen des römischen Rechts zu verhindern⁴⁰⁾. Das römische Recht wurde nach der Formulierung des humanistischen Juristen Ulrich Zasius (1461 - 1535) nicht "ratione imperii", sondern "imperio rationis" übernommen, d.h. nur soweit, wie die französischen Juristen es für vernünftig hielten. Die Methode des römischen Rechts wurde stärker rezipiert als sein Inhalt. So erklärt es sich auch, daß die grundsätzlich ablehnende

36) Ripert/Boulanger IV Nr.1487, Bévin 20 f.

37) Zur Geschichte im einzelnen Ripert/Boulanger IV Nr.3768

38) § 4 II

39) Koschaker 222 ff.

40) Koschaker 222 ff., Wieacker 111

Haltung des römischen Rechts gegenüber überlieferten Rechtsinstituten wie der institution contractuelle sich nur in beschränktem Maße durchsetzen konnte⁴¹⁾. So gewann zwar der Gedanke der Testierfreiheit und die Verhinderung des votum mortis wieder an Bedeutung. Es gelang dem römischen Recht jedoch nicht, die erbvertraglichen Regelungen zu verdrängen. Der Erbvertrag in der Form der institution contractuelle erfreute sich weiterhin so großer Beliebtheit, daß es nicht zu einer Aufhebung, sondern nur zu einer Überlagerung der Coutumes durch das römische Recht kam. Als Beispiel für eine solche vertragliche Erbeinsetzung sei die Coutume d'Anjou, Art.245⁴²⁾ wiedergegeben, wo es heißt:

"Homme ou femme noble, qui marie son héritier principal et présomptif, ou héritière principale et présomptive, déclaration, comme son héritier principal ou héritière principale, ne peut, après tel contrat fait en faveur dudit mariage, rien vendre, donner, transporter, ne aliéner de son héritage, à quelque personne que ce soit, de telle portion comme il seroit échu audit héritier principal, ou héritière principale, au temps dudit mariage, si ledit homme ou femme noble, qui ont ainsi marié leur héritier

41) Hierzu eine interessante Parallele im deutschen Recht der beginnenden Neuzeit. Wie Wolf 94 berichtet, verteidigte Zasius die Erbverträge gegenüber den Glossatoren; er hielt die Erbverträge für ein überliefertes und bewährtes Rechtsinstitut. Später dagegen äußerte er sich gegenüber Erbverträgen ablehnend. Sein Denken war an der gerechten Falllösung, also imperio rationis ausgerichtet.

42) Nach Loysel Nr.309

ou héritière, étaient trépassés; sauf en aucun cas, c'est à savoir, pour leur extrême nécessité de vivre, et pour la rédemption de leurs corps. Toutefois, avant que tel contrat de mariage puisse lier ne astreindre les acquéreurs et tierces personnes, seroit requis que le contrat fût duement publié."

Ähnliche Bestimmungen enthielten auch andere Coutumes⁴³⁾. Im 17. und 18. Jahrhundert verliert der Lehensgedanke an Bedeutung; erheblich ist nur noch, eine Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden. Dazu kam das Bestreben, die Mädchen zu schützen, die die ältesten Söhne aus adligen Familien heirateten. Die Eltern des Ehemannes versuchten nämlich oft, ihr Vermögen zu ihren Lebzeiten zu veräußern, so daß die Ehefrau in ihren bei Abschluß der Ehe gehegten Hoffnungen getäuscht wurde. Durch die vertragliche Bindung der Schwiegereltern wurde dies verhindert.

Der Einfluß des römischen Rechts setzt sich bei den Verträgen über den Nachlaß eines Dritten durch; diese sind verboten, es sei denn, daß der Erblasser zustimmt. Zum Ende des Ancien Régime kann daher von einem generellen Erbvertragsverbot nicht gesprochen werden. Im Gegenteil, das damalige Recht war großzügiger als der Code civil.

43) Coutume de Maine Art.262, Touraine Art.252, Loudunois chap.26 Art.4, Normandie Art.244

III. Die Revolutionsgesetzgebung

Es entsprach dem Geist der Revolution, die jedes Klassenvorrecht aufzuheben trachtete, daß auch die rechtliche Sonderstellung des Adels beseitigt wurde⁴⁴⁾. Diese Haltung schlug sich auch in der Revolutionsgesetzgebung nieder. Die Entwicklung verlief wie folgt:

Gesetz vom 8.4.1791: Die institution contractuelle wird nur noch im Ehevertrag zugelassen.

Gesetz vom 7.3.1793: Verbot jeder Art von Schenkung, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen; Ausnahmen nur zugunsten von Seitenverwandten und Dritten.

Gesetz von 17 Nivôse des Jahres II: Rückwirkend zum 14.7. 1789 wurde die institution contractuelle abgeschafft. Die Einsetzung eines Alleinerben wurde verboten.

Rechtspolitischer Grund des letzten Gesetzes war die Aufteilung des Vermögens an alle. Das römische Recht hatte auf dieses Verbot nicht den mindesten Einfluß. Allein der Adel sollte getroffen werden. So waren Verträge, die den Revolutionären in dieser Hinsicht ungefährlich erschienen, weiterhin zugelassen, wie z.B. die Möglichkeit, über den Nachlaß eines lebenden Dritten zu verfügen, wenn dieser zustimmte.

44) So erklärte Merlin 1791: "Il ne faut pas laisser subsister dans l'ordre des successions tous les vices qui souillaient cette partie du droit civil."

§ 3

Das Verbot der pactes sur succession future

I. Die Motive

Die Gründe, die für das Verbot der Erbverträge bemüht werden, sind vielfältig und auf keinen gemeinsamen Nenner zu bringen. Die Autoren berufen sich vor allem auf die rechtsgeschichtlichen Tatsachen⁴⁵⁾. Will man die Gründe konkretisieren, so läßt sich zwar jeweils für die einzelnen Typen (pactes sur sa propre succession, pactes de renonciation, pactes sur la succession d'autrui) ein Grund anführen, der die Pönalisierung dieses bestimmten Vertragstyps rechtfertigt, jedoch für ein generelles Verbot der Erbverträge nicht paßt⁴⁶⁾. Dennoch erfuhren sie eine einheitliche Behandlung. Unter diesem Blickwinkel müssen die Gründe für das Verbot der pactes sur succession future gesehen werden, die Gegenstand der folgenden Darstellung sind.

1. Abschaffung aristokratischer Privilegien

Das Verbot des Art.1130 Abs.2 sollte die Familienpolitik des Adels durchkreuzen. Insbesondere wollte man ihm die Möglichkeit nehmen, durch Erbverzicht dem ältesten Sohn

45) Oben § 2

46) Les Nouvelles, Théorie générale des obligations Nr.1045 bis, Ripert/Boulanger IV Nr.1491

das alleinige Erbrecht zu gewährleisten. Daß man die institution contractuelle aus dem alten Recht übernahm, mag zwar nicht folgerichtig erscheinen, da auch sie ein Mittel der Familienpolitik des Adels war. Diese Haltung der Verfasser des Code civil erklärt sich aus ihrer positiven Haltung gegenüber Eheverträgen und ihrem Glauben, daß bei diesem Vertrag das - nicht auf den Adel beschränkte - Interesse am Rechtsinstitut gegenüber der Bekämpfung der Privilegien vorrangig sei⁴⁷⁾.

2. Votum mortis

Daß der begünstigte Partner eines Vertrages, der eine noch nicht angefallene Erbschaft betrifft, durch eine vertragliche Regelung dazu hingerissen werde, dem Erblasser nach dem Leben zu trachten, ist eines der bevorzugten Argumente für das Verbot der pactes sur succession future⁴⁸⁾. Der Gesichtspunkt des votum mortis kehrt in mehr oder minder starker Form in fast allen Lehrbüchern wieder⁴⁹⁾. Ein Vertrag - so sagt man-, der einer Person im Falle des Ablebens einer anderen Person einen Vermögenszuwachs garantiere, könne - wenn auch nur als Nebenfolge - in dem begünstigten Vertragsteil den Wunsch

47) Bévin 27

48) So sagte schon Portalis bei der Beratung des Art.1600 vor dem Corps Législatif: "La cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abrégé". (zit. nach Bévin 42)

49) Colin/Capitant, Traité II Nr.703, Mazeaud IV 2 Nr.686, Planiol/Ripert (-Boulanger) IV Nr.19

nach einem beschleunigten Ableben des Erblassers keimen lassen; zur Begehung eines Verbrechens sei dann nur noch ein kleiner Schritt. Diese Auffassung konnte auch Lebensversicherungsverträge nicht für zulässig halten; sie waren denn auch ursprünglich nichtig⁵⁰⁾.

3. Beeinträchtigung des Pflichtteilsrechts

Die Sicherung des Pflichtteilsrechts wird nach Ansicht mancher Autoren⁵¹⁾ durch Erbeinsetzungsverträge gefährdet. Das Argument wird jedoch meist nicht weiter ausgeführt; es trägt in der Tat nicht das Verbot der Erbverträge. Selbst in den Ländern, die die Erbverträge zulassen, wird dadurch das Pflichtteilsrecht nicht beeinträchtigt. Abgesehen davon, daß der Code civil bei der institution contractuelle - einem Erbvertrag - Mittel zur Sicherung des Pflichtteils zur Verfügung stellt⁵²⁾, hat der französische Gesetzgeber selbst gezeigt, daß sich Erbvertrag und Pflichtteilsrecht nicht ausschließen müssen. Er hat nämlich durch Gesetz vom 1.6.1924 in Art.137 festgelegt, daß in Elsaß-Lothringen die vor dem

50) Amos/Walton 171, Mazeaud II Nr.246

51) Vialleton S.1929.1.139; der Gedanke klingt auch bei Mazeaud IV 2 Nr.690 an

52) Unten § 4 VI 4

Inkrafttreten französischen Rechts abgeschlossenen Erbverträge wirksam bleiben, soweit die réserve (Pflichtteil) nicht beeinträchtigt ist⁵³⁾. Auch hat bisher niemand behauptet, daß ein pactum de succedendo gültig sei, wenn es nur die quotité disponible zum Gegenstand habe⁵⁴⁾.

4. Die französische Vermögenskonzeption

Neben den genannten, insbesondere historischen und moralischen Gründen, die, was die letzteren betrifft, in den Bereich der Spekulation gehören⁵⁵⁾, steht der tiefer liegende Gedanke, daß man mit dem Vermögen keine Geschäfte macht⁵⁶⁾. So führt Hébraud den Erbvertrag auf ein Vermögensgeschäft von erbrechtlicher Tragweite zurück⁵⁷⁾.

a) Grundsatz

Die französische Vokabel für Vermögen hat bereits einen emotional gefärbten Klang: 'patrimoine'. Dabei denkt man, wie Carbonnier⁵⁸⁾ hervorhebt, unvermittelt an die Familie,

53) Loi 1.6.1924, D.P.1924.4.285: Loi mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle

54) Donnier 630

55) Unten § 6 II 1

56) Hébraud 349: "L'héritier monnaie ses droits à venir." François Boulanger 117

57) Hébraud 351: "Le pacte successoral s'inverse au pacte patrimonial à portée successorale."

58) Droit civil I Nr.42

obwohl es sich dabei nur um die Gesamtheit von Rechten handelt, die einen Geldwert darstellen. Das Vermögen ist nach der klassischen Auffassung ein Ausfluß der Persönlichkeit und von dieser nicht zu trennen⁵⁹⁾. Diese Ansicht wird heute kritisiert⁶⁰⁾ und kann nicht mehr als herrschend bezeichnet werden; dennoch beherrscht sie noch die Grundanschauungen des Code civil. Aus der starken Bindung des Vermögens an seinen Träger folgt die Unveräußerlichkeit⁶¹⁾. Erst mit dem Tode des Vermögensträgers geht das Vermögen auf den Erben über, weil dieser die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt. Hält man sich außerdem vor Augen, daß das Vermögen nach französischer Auffassung auch die zukünftigen Rechte umfaßt⁶²⁾, so wird klar, daß jedes Geschäft mit dem Vermögen, auch erbrechtlicher Natur, suspekt sein muß⁶³⁾. Als einzige Ausnahme von diesem Prinzip wird die "donation de biens à venir"⁶⁴⁾ im Ehevertrag zugelassen⁶⁵⁾.

59) Aubry/Rau (-Esmein) IX § 574 S.333 und 335

60) Mazeaud I Nr.290 ff., Planiol/Ripert (-Picard) III Nr.17 ff.

61) Ripert/Boulanger IV Nr.1491

62) Carbonnier I Nr.42

63) Vgl. Art. 943, der die Schenkung zukünftigen Vermögens verbietet

64) Zur Terminologie § 4 I

65) Planiol/Ripert (-Picard) III Nr.18

b) Testierfreiheit

Da die Person als Träger des Vermögens frei ist, soll auch das Vermögen nicht gebunden werden. Diese Freiheit ist jedoch nicht mehr gewährleistet, wenn der Erblasser eine unwiderrufliche Verfügung von Todes wegen treffen kann, die notwendigerweise zu einer Vermögensbindung führt. Die Widerruflichkeit ist ein wesentliches Kennzeichen des Testaments (Art.895). Sie erschien dem französischen Gesetzgeber so wichtig, daß er sie in die Legaldefinition des Art.895 einbezogen hat (anders § 1937 BGB). Dieser fundamentale Grundsatz soll nicht mit vertraglichen, also bindenden Abmachungen umgangen werden, die die Erbfolge eines oder beider Vertragsteile regeln⁶⁶⁾.

c) Verbot der Nacherbschaft

Das Verbot der Vermögensbindungen kommt besonders im Verbot der Nacherbeneinsetzung zum Ausdruck (Verbot der substitution fidéicommissaire, Art.896). Ebenso wenig wie der Erblasser das Schicksal seines Vermögens über mehrere Generationen soll regeln können, soll er imstande sein, sich selbst gegenüber anderen vertraglich bis zum Tode zu binden.

66) Colin/Capitant, Traité II Nr.703-2°, Mazeaud IV 2 Nr.687

5. Mißtrauen gegenüber Verträgen unter Familienangehörigen

Neben der Gewährleistung der Testierfreiheit, aus der das Verbot der Vermögensbindung folgt, und der Vereitelung eines sittenwidrigen *votum mortis* steht als weiterer Grund für das Verbot der Erbverträge das Mißtrauen des französischen Rechts gegenüber Verträgen, die bereits durch familienrechtliche Beziehungen gebundene Personen miteinander schließen.

So war das Verbot von Verträgen⁶⁷⁾ und der Gesellschaft⁶⁸⁾ zwischen Ehegatten ein klassisches Beispiel, daß die Vertragsfreiheit eingeschränkt wurde, wenn die Vertragsparteien durch die Ehe verbunden waren. Verträge, die der Erblasser mit seinen Abkömmlingen schließt, werden durch die potentielle Erbenstellung der Abkömmlinge überschattet. Verträge, die, wenn sie durch nicht familiär gebundene Personen abgeschlossen werden, rechtlich neutral sind, erhalten sofort einen erbrechtlichen Einschlag.

Allerdings ist zu differenzieren: Der zwischen Ehegatten abgeschlossene Vertrag weist mehr Reibungspunk-

67) Art.1595

68) Art.1841, allerdings durch Gesetz vom 24.7.1966 geändert

te mit anderen Instituten auf als die mit den Abkömmlingen getroffene Vereinbarung⁶⁹⁾. Bei den Ehegattenverträgen spielt immer das Ehegüterrecht und der - heute nicht mehr strikt durchgeführte - Unwandelbarkeitsgrundsatz herein.

Es soll hier nicht vertieft werden, ob sich aus dem Odium, das Verträgen zwischen Familienangehörigen anhaftet, speziell ein Verbot der Erbeinsetzungsverträge herleiten läßt. Die möglichen Geschäfte sind so vielgestaltig, daß es zweifelhaft ist, ob allein das "milieu successoral"⁷⁰⁾ die Unwirksamkeit eines zwischen dem zukünftigen Erblasser und dem potentiellen Erben abgeschlossenen Vertrages herbeiführen kann. Ursache scheint vielmehr die Ausstrahlung des formal und kategorisch angewandten Verbotes des Art. 1130 Abs.2 zu sein: Nicht weil der Vertrag familienrechtlicher Natur ist, sondern weil der Makel des pacte sur succession future auch die familienbezogenen Geschäfte trifft, sind diese unwirksam.

69) Hébraud 343: "La force de répulsion (gegenüber Verträgen zwischen Erblasser und potentiellen Erben) est conditionné par les diverses variétés du lien juridique de base."

70) Hébraud 362

II. Die Haltung der französischen Praxis zum Verbot der Erbverträge

1. Nichtigkeit

a) Ordre public

Das Verbot der Erbverträge gehört nach ständiger französischer Rechtsprechung⁷¹⁾ zum ordre public⁷²⁾ und unterfällt damit Art.6: Jede dem Verbot zuwiderlaufende Vereinbarung ist nichtig. Die Entscheidungen stellen meist nur apodiktisch fest, daß der zu beurteilende Vertrag einen pacte sur succession sur succession future darstelle und daher nichtig sei:

"Attendu que les prohibitions des art.791 et 1130 sont formelles et d'ordre public et que toute convention qui a pour conséquence de les éluder est nulle aux termes de l'art. 6 Code civil..."⁷³⁾.

Allein der Vertragsgegenstand führt die Sanktion der

71) Die Entscheidungen sind zahllos; grundlegend Cass. chambres réunies 2.7.1903, D.P.1903.1.353. Einen Überblick über die Rechtsprechung gibt Donnier Rev.trim. dr.civ.54 1956 627-654

72) Ordre public meint ordre public interne, hat also hier keine kollisionsrechtliche Bedeutung, dazu unten § 9 II 3

73) Kernsatz des in Fn.71 angeführten Urteils

Nichtigkeit herbei⁷⁴⁾. Unerheblich ist, ob der Vertrag wirklich gegen die guten Sitten verstößt⁷⁵⁾. Der Richter ist daher auch der Aufgabe enthoben, die Umstände des Einzelfalles zu prüfen, er braucht mithin nicht zu untersuchen, ob einer der Gründe für das Verbot der Erbverträge vorliegt.

b) Heilung des nichtigen Vertrages

Auch eine Heilung des nichtigen Vertrages ist nach französischer Praxis nicht möglich. Schließen zwei Parteien einen Vertrag ab, der die Kriterien eines pacte sur succession future aufweist, so erklärt Art.1130 diesen Vertrag für "nul". Da das französische Recht - ebenso wie das deutsche - die Unwirksamkeitsgründe abstuft, fragt es sich, welche Wirkung der "nullité" zukommt. Die nullité des Art.1130 ist eine nullité absolue, die keiner Heilung zugänglich ist⁷⁶⁾ und die von jedermann geltend gemacht werden kann⁷⁷⁾.

74) Hébraud 346. Die Unzulässigkeit des Vertragsgegenstandes kann sich auch aus der verbotenen Wirkung ergeben, wie Cass.civ.2.8.1950, Sem.jur.1951 II 6059 zeigt: "Toute stipulation ayant pour effet d'attribuer un droit éventuel sur tout ou partie d'une succession non ouverte. Vgl.auch Malaurie Nr.266.

75) So ausdrücklich OLG Köln 23.11.1897, NiemeyersZ 8 /1898/ 49 für die rheinischen Gebiete, in denen der Code civil galt: "Wenn aber, wie in Art.1130, das Gesetz selbst einen Vertrag als unsittlich bezeichnet hat, so ist die Untersuchung und die subjektive Beurteilung seitens des Richters, ob derselbe sittlich ist oder nicht, ausgeschlossen."

76) Nast Nr.327, 329

77) Nast Nr.328

Denkbar ist nur eine modifizierte Neuvernahme des Vertrages: Nach dem Erbfall müßten die Erben einen Vertrag schließen, der das gleiche wirtschaftliche Ergebnis herbeiführt wie der mit dem Erblasser abgeschlossene nichtige Vertrag⁷⁸⁾.

c) Umdeutung

Den Weg, den nichtigen Erbvertrag in ein wirksames Testament umzudeuten, ist bisher weder Lehre noch Rechtsprechung gegangen. Wenn man von den Fällen absieht, in denen der Erbvertrag nicht der erforderlichen Testamentform entspricht, stehen der Umdeutung folgende Gründe entgegen: In der französischen Rechtsgeschäftslehre wird die Umdeutung für überflüssig gehalten, da sie nur eine Art der Auslegung sei⁷⁹⁾. Der Erbvertrag müßte als Testament ausgelegt werden. Diesen Schritt hat die Rechtsprechung im internen Recht⁸⁰⁾ nicht getan. Der Erbvertrag, dessen bindende Wirkung gerade den *ordre public* verletzt, soll nicht auf Umwegen wieder gültig werden.

Nicht einmal ein Erbvertrag, dem ein Widerrufsvorbehalt

78) Cass.req. 13.5.1884, S.1884.1.336; Nast Nr.341

79) Nast Nr.192; Travaux de la commission de réforme du Code civil 1946/47, 106 Art.17, der auf die Kritik von Mazeaud (Travaux 1947/48, 77) fallen gelassen wurde

80) Vgl. die unten § 9 II 2 falsche Subsumtion eines Erbvertrages mit Auslandsberührung, die einer Umdeutung nahekommt

eingefügt ist und der damit das Erfordernis der Widerruflichkeit der Testamente erfüllt, kann als Testament angesehen werden⁸¹⁾. Das Testament als ein einseitiges Rechtsgeschäft (*acte essentiellement unilatéral*) und der Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft sind zwei Erscheinungsformen, die nicht ineinander übergehen, sondern sich ausschließen⁸²⁾.

2. Abgrenzung von ähnlichen Instituten

Die Rechtsprechung unterwirft allerdings nicht alle Verträge, die sich auf eine noch nicht angefallene Erbschaft beziehen, der Sanktion des Art.1130 Abs.2. Oft sind es nur kleine Anhaltspunkte im Gesetz, aus denen die Rechtsprechung die Gültigkeit des Vertrages herausliest, so daß viel von der Formulierungskunst der Parteien bzw. des Notars abhängt. Zwei Beispiele seien dafür genannt.

81) Trib.Seine 2.7.1898, Le Droit 26.10.1898 (zit.bei Nast Nr.192)

82) Nast Nr.192, auch unter Hinweis auf das deutsche Recht, das einen Erbvertrag mit Widerrufsvorbehalt als Erbvertrag und nicht als Testament ansieht

a) Die stipulatio post mortum promittentis

Es ist immer zu untersuchen, ob es sich um eine den Nachlaß betreffende Vereinbarung handelt, oder ob der Tod nur als Termin für die Fälligkeit einer Forderung gedacht ist. Ist die Erfüllung einer (bestehenden) Verpflichtung auf den Todeszeitpunkt verschoben, werden also der Erblasser und nach dessen Tod die Erben verpflichtet, so ist der Vertrag gültig. Wird dagegen vereinbart, daß ein bestimmter Erbe, also nicht die Gesamtheit der Erben, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eintreten muß, so liegt ein pacte sur succession future vor⁸³⁾.

Folgender Fall soll die Differenzierung illustrieren⁸⁴⁾:
In einem Pachtvertrag verpflichtet sich der Verpächter, dem Pächter die Kosten zu vergüten, die durch Bauten auf dem verpachteten Grundstück anfallen. Die Schuld soll der Erbe bezahlen, dem das Grundstück vermacht wird.

83) Cass.civ.20.5.1967, Gaz.Pal.1967 II 83 mit kritischer Anm. Savatier Rev.trim.dr.civ.65 [1967] 850-852

84) Cass.civ.17.6.1911, S.1913.1.543

Legt der Erblasser die Verpflichtung allen Erben auf, so ist der Vertrag gültig. Verpflichtet er jedoch einen bestimmten Vermächtnisnehmer, so wird die Forderung nicht im Zeitpunkt des Todes fällig, sondern entsteht erst, da die Schuldnerstellung des Vermächtnisnehmers von seinem Überleben und der Annahme des Vermächtnisses abhängt. Mit der Verpflichtung des Vermächtnisnehmers korrespondiert auf der Seite des Pächters ein Recht, und zwar an einem Teil einer noch nicht angefallenen Erbschaft. Der Vertrag ist daher nichtig.

b) Die clause d'accroissement

Ehegatten, die in Gütertrennung leben, erwerben gemeinsam ein Grundstück. Sie vereinbaren, daß der zuerst Versterbende so angesehen wird, als ob er niemals ein Recht an dem Grundstück besessen habe, der Überlebende mithin von Anfang an alleiniger Eigentümer gewesen sei. Diese Klausel stellt keinen pacte sur succession future dar, da der Überlebende kein Recht an der Erbschaft des Vorversterbenden erwirbt, sondern jeder Erwerber vom Augenblick des Erwerbs an Volleigentum - allerdings unter der Bedingung des Vorversterbens des Ehegatten - erhält⁸⁵⁾.

85) Cass.chambre mixte 27.11.1970, Rép.not.defr.91
[1971] Art.29786 mit Anm. Morin (in Frankreich ist bedingtes Eigentum an Grundstücken möglich, Ferid, Französisches Zivilrecht I 1 E 316)

3. Würdigung

Die Haltung der Rechtsprechung gegenüber Art.1130 Abs.2 ist durch eine übermäßige Strenge geprägt, die das Schrifttum heftig kritisiert⁸⁶⁾. So spricht Savatier⁸⁷⁾ von einem Kreuzzug der Rechtsprechung gegen diese Verträge. Man muß zwar den Gerichten zugute halten, daß der Wortlaut des Art.1130 Abs.2 der Auslegung nur wenig Spielraum läßt. Zwingend ist dies jedoch nicht. So zeigt sich die belgische Rechtsprechung flexibler, indem sie den favor negotii (Art.1157) auch bei Verträgen heranzieht, die einen pacte sur succession future darstellen könnten⁸⁸⁾.

Die Rechtsprechung verschanzt sich - wohl aus einer gewissen Unsicherheit - hinter dem Wortlaut des Gesetzes und entscheidet die Fälle ohne Rücksicht auf Überlegungen der Zweckmäßigkeit⁸⁹⁾. Ebensowenig wird geprüft, ob der Vertrag den wohlverstandenen ordre public tatsächlich verletzt, so daß für Gerechtigkeitserwägungen kein

86) Mazeaud IV 2 Nr. 692 und Lectures 39 ff., Capitant, Grands arrêts 718 f.

87) Rev.trim.dr.civ. 54 1956 160.

88) Cass.Belgique 10.11.1960, Pasicrisie belge 1961, 259; Savatier Rev.trim.dr.civ.60 1962 141

89) Bévin 6, Boulanger Nr.17, Hébraud 349, Nast D.H.1929 Chron.38: "Comme tous les arguments juridiques trop simples, il (l'argument fondé sur les art.1130, 1389) est brutal."

Raum bleibt. Diesem Formalismus entspricht andererseits, daß bestimmte Verträge als gültig angesehen werden, die sich nur in Kleinigkeiten von einem pacte sur succession future unterscheiden, bei denen aber der ordre public nicht bemüht wird.

Eine Änderung der Rechtsprechung ist bisher nicht zu erkennen. Ob sich durch die neue gesetzgeberische Entwicklung⁹⁰⁾ ein Umschwung ankündigt, läßt sich noch nicht übersehen.

90) Dazu unten § 4 V 2 b, § 5

§ 4

Ausnahmen zum Verbot der pactes sur succession future:
Die institution contractuelle

I. Grundsätzliches zur institution contractuelle

Das Verbot der pactes sur succession future gilt nicht uneingeschränkt. Die wichtigste Ausnahme zu Art.1130 Abs.2 ist die institution contractuelle.

Durch dieses Institut werden, wenn nicht der Form nach, so doch weitgehend in der Wirkung, Erbverträge zwischen oder zugunsten von Ehegatten ermöglicht⁹¹⁾. Der Code civil realisiert mit der institution contractuelle ein Ziel, das ihm gegenüber dem Verbot der Erbverträge vorrangig erscheint, nämlich die Sicherung der materiellen Grundlage der Familie auch nach dem Tode eines Ehegatten. Auch in der deutschen Praxis machen die Erbverträge zwischen Ehegatten einen bedeutsamen Teil der Erbverträge aus. Das BGB trägt dieser Tatsache Rechnung, indem es in §§ 2275 Abs.2, 2276 Abs.2, 2280 den Abschluß von Erbverträgen in Eheverträgen erleichtert. Gesetzlich geregelt ist der französische Erbver-

91) Ferid, Französisches Zivilrecht 5 C 69; Kegel, Festschrift für Jahrreiss 145 f.; Rühl 138

trag zwischen Ehegatten und zugunsten von Ehegatten im Schenkungsrecht des Code civil, in den Artt.1081 ff.

Die institution contractuelle ist ein Vertrag, in dem eine Person (der Einsetzende, instituant) für ihren Tod einer anderen Person (dem zum Erben Eingesetzten, institué) verspricht, ihr das ganze Vermögen, einen Bruchteil des Vermögens oder einen bestimmten Gegenstand zu hinterlassen⁹²⁾.

Der Code civil verwendet nie den Terminus institution contractuelle⁹³⁾ (vertragliche (Erb-)Einsetzung), sondern bezeichnet diesen Vertrag immer als donation de biens à venir⁹⁴⁾ (Schenkungen künftigen Vermögens). Da die Bezeichnung institution contractuelle die am meisten verbreitete und auch die klarste ist, wird auch im folgenden dieser Ausdruck gebraucht.

92) Art.1082 enthält nur eine Zweiteilung ("tout ou partie"), die Dreiteilung entspricht aber der allgemeinen Ansicht. Das niederländische Recht sieht die Dreiteilung ausdrücklich vor, Art.146 Nr.2 NBW. Hauptfall eines einzelnen Gegenstandes ist der Nießbrauch an einem bestimmten Nachlaß, Julliot de la Morandière IV Nr.1042, Ripert/Boulanger IV Nr.3779

93) Im Gegensatz zum Avant-projet Art. 1031 ff., dessen Kapitel II überschrieben ist: "Des institutions contractuelles."

94) Bévin 24 nennt den Terminus "nom étrange"

Die institution contractuelle existiert in drei Formen:

- Einsetzung eines oder beider Ehegatten durch einen Dritten im Ehevertrag;
- einseitige oder gegenseitige Einsetzung der Ehegatten im Ehevertrag;
- einseitige oder gegenseitige Einsetzung der Ehegatten während der Ehe.

II. Die institution contractuelle durch Dritte

1. Vertragspartner

Die Einsetzung durch einen Dritten⁹⁵⁾ in einem Ehevertrag, dessen Form für die institution contractuelle nötig und ausreichend ist, regelt Art.1082. In diesem Zusammenhang sei vermerkt, daß nach französischem Recht ein Ehevertrag nur vor Eingehung der Ehe geschlossen werden kann (Art.1395). Eine verwandtschaftliche Beziehung zwischen dem Einsetzenden und dem eingesetzten Ehegatten ist nicht erforderlich, wird aber in der Praxis meist vorliegen, da gerade die Eltern

95) Daß Dritte an einem Ehevertrag beteiligt sind, ist eine Besonderheit, die dem deutschen Recht fremd ist, Staudinger (-Folgenträger) Randnr.3 zu § 1408

eines Ehegatten oder sonstige nahe Verwandte daran interessiert sind, den zu gründenden Hausstand materiell zu sichern. Eingesetzt werden können ein oder beide Ehegatten sowie gemäß der gesetzlichen widerlegbaren Vermutung des Art.1082 Abs.2 (Fall einer Ersatzerbschaft) die Kinder, soweit die Ehegatten vor ihnen versterben⁹⁶⁾. Umstritten ist, ob durch den Ehevertrag allein die Kinder eingesetzt werden können. Die überwiegende Lehre⁹⁷⁾ und Rechtsprechung⁹⁸⁾ bejahen die Frage.

2. Fähigkeit

Die institution contractuelle ist ein Vertrag. Die Frage der Geschäftsfähigkeit richtet sich demnach nicht nach den Vorschriften über die Testierfähigkeit (Artt.901 bis 903), vielmehr ist die Fähigkeit, einen Vertrag abzuschließen, erforderlich⁹⁹⁾. Wem wegen Verschwendung

96) Damit weicht Art.1082 Abs.2 von einer Regel des Schenkungsrechts ab. Gemäß Art.906 Abs.1 ist es notwendig und ausreichend, daß der Schenkungsempfänger bei Abschluß des Schenkungsvertrages bereits gezeugt ist. Bei der institution contractuelle ist dies nicht erforderlich. Nach Colin/Capitant, Cours III Nr.1741 ist dies ein weiterer Beweis dafür, daß die institution contractuelle keine Schenkung unter Lebenden ist

97) Beudant VII Nr.480, Colin/Capitant, Cours III Nr.1741, Julliot de la Morandière IV Nr.1051, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.773, Ripert/Boulanger IV Nr.3784; Mazeaud IV 2 unter der Einschränkung, daß die Kinder gleichbehandelt werden; a.A. Aubry/Rau (-Esmein)XI § 739 S.507

98) Cass.civ.10.7.1888, S.1890.1.517

99) Allgemeine Ansicht, vgl. Julliot de la Morandière IV Nr.1050

ein Pfleger bestellt worden ist, darf sich nach der weitgehenden Rechtsprechung zu Art.499 bis 513 a.F.¹⁰⁰⁾ nicht verpflichten, also auch nicht durch institution contractuelle. Die Bestellung der Pflegschaft hätte dagegen auf die Testierfähigkeit keinen Einfluß. Andererseits unterliegt der mineur émancipé keinen Schranken; Art.481 stellt ihn, abgesehen von Eheschließung und Adoption, dem voll Geschäftsfähigen gleich. Maßgebender Zeitpunkt für die Fähigkeit, den Vertrag abzuschließen, ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages.

3. Gegenstand der institution contractuelle

Gegenstand der institution contractuelle ist entweder das gesamte Vermögen, ein Teil des Vermögens oder ein bestimmter Gegenstand¹⁰¹⁾. Auch ist es möglich, in der institution contractuelle nur die Schenkung des unbeweglichen Vermögens zu vereinbaren. Die inhaltlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten entsprechen der Systematik der Legate (Art.1002). Der Umfang der von der institution contractuelle umfaßten Güter ist immer beschränkt durch die réserve légale der Pflichtteilsberechtigten. Sie kann sich daher nur auf die quotité disponible erstrecken.

100) Julliot de la Morandière I Nr.978

101) Vgl. Fn.92

Die Musterverträge der französischen Notare sind bereits entsprechend abgefaßt¹⁰²⁾.

4. Unwiderruflichkeit

Die französische Lehre hebt als beherrschendes Merkmal der institution contractuelle ihre Unwiderruflichkeit hervor. Sie stellt dieses Rechtsinstitut dem Testament gegenüber, für das die Widerruflichkeit begriffswesentlich ist (Art. 895 letzter Halbsatz). Während der deutsche Erbvertrag unbeschadet eines Rücktrittsrechts grundsätzlich unwiderruflich ist, jedoch durch einen Aufhebungsvertrag wieder beseitigt werden kann (§ 2290 BGB), gibt es nach französischem Recht keine Möglichkeit, eine einmal vereinbarte institution contractuelle wiederaufzuheben.

Formal ließ sich bis zur Reform des Ehegüterrechts im Jahre 1965¹⁰³⁾ die Unwiderruflichkeit aus Art. 1395 a.F. herleiten. Die institution contractuelle ist nicht nur hinsichtlich der Form untrennbar mit dem Ehevertrag verbunden. Auch inhaltlich sollte sie nach der ursprünglichen Konzeption des Code civil das rechtliche Schicksal des Ehevertrages teilen. Der Ehevertrag, der nur vor Eingehung

102) Véron 103

103) Gesetz Nr. 65-570 vom 13.7.1965

der Ehe geschlossen werden kann¹⁰⁴⁾, war während der Ehe nicht mehr abzuändern (Prinzip der immutabilité des conventions matrimoniales). Die Unwandelbarkeit erfaßte nicht nur das eheliche Güterrecht; sie strahlte auch auf die im Ehevertrag vereinbarten Freigebigkeiten aus¹⁰⁵⁾.

Der dargestellte formale Zusammenhang ist aber nur gerechtfertigt, wenn ihm ein materieller Gehalt zugrunde liegt. Dies ist nach Auffassung des Code civil die Begründung, der Schutz und die Förderung des Familienvermögens, das nicht durch Manipulationen der Ehegatten oder des Dritten gefährdet werden soll. Daher ist die Unwandelbarkeit kein Selbstzweck. Der Ehemann kann sich z.B., wenn er über der Ehefrau zugewendete Güter verfügen will, nicht auf die gütervertraglichen Vereinbarungen berufen, die ihm ein Verfügungsrecht über das Frauengut verleihen¹⁰⁶⁾. Art.1401 a.F.¹⁰⁷⁾ legte deshalb fest, daß der Schenker den Gegenstand einer Vermögensmasse zuweisen konnte, zu der er nach der ehevertraglichen Regelung nicht gehörte¹⁰⁸⁾.

104) Art.1394 a.F. und Art.1395 n.F.

105) Morel S.1938.1.243 passim

106) Mazeaud IV 1 Nr.48

107) jetzt Art.1498

108) Andernfalls hätte sich mancher von einer Schenkung abhalten lassen, da er befürchten mußte, daß etwa der Schwiegersohn für ihn unangenehme Verfügungen über die geschenkten Gegenstände vornimmt, Mazeaud IV 1 Nr.48

Der Schutz des Familienvermögens, der dergestalt die Ehegatten in ihrer Gestaltungsfreiheit einschränkte, forderte vom Schenker das Opfer, das er mit der Unwiderruflichkeit bringt. Es gilt darüber hinaus: Die Ehegatten können nicht zugunsten des Schenkers auf die Schenkung verzichten¹⁰⁹⁾.

5. Einfluß der Reform des Ehegüterrechts von 1965

Durch die Reform des Ehegüterrechts vom 13.7.1965 wurde der Grundsatz der Unwandelbarkeit wenn nicht aufgehoben, so doch eingeschränkt (Art.1397 n.F.). Es ergibt sich damit das Problem, welches rechtliche Schicksal einer institution contractuelle zuteil wird, wenn die Ehegatten den Ehevertrag ändern.

Sedes materiae ist Art.1397 Abs.2 n.F.¹¹⁰⁾, der lautet: "Toutes les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié doivent être appelées à l'instance d'homologation; mais non leurs héritiers, si elles sont décédées." Daraus ergibt sich: Wenn der Richter¹¹¹⁾ dar-

109) Mazeaud IV 1 Nr.51: Montpellier 9.11.1954, Gaz.Pal. 1955 I 164. Dagegen steht nichts im Wege, die ehevertragliche Zuwendung zu erweitern, Cass.civ.30.11.1937, S.1938.1.241

110) Zur Vorgeschichte dieser Bestimmung, die einen Kompromiß zwischen dem Widerrufsrecht (Vorschlag der Regierung und der Assemblée Nationale) und der völligen Unwiderruflichkeit (Senat) darstellt, Ponsard, La réforme des régimes matrimoniaux Nr.66

111) Er wird im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (procédure gracieuse) gemäß Art.872-874 Code de procédure civile tätig

über befindet, ob die Änderung des Ehevertrages dem Familieninteresse entspricht, werden neben den Ehegatten auch die Personen zugezogen, die am Ehevertrag beteiligt sind. Sie können ihre Meinung vortragen, die der Richter eventuell berücksichtigen wird. Ihr Einverständnis ist nicht notwendig¹¹²⁾. Aus einem Urteil, das die Änderung des Ehevertrages genehmigt, kann der Dritte kein Recht auf Widerruf der Schenkung herleiten¹¹³⁾. Die Ehegatten sollen nicht aus Angst vor dem Widerruf des Dritten an Änderungen des Ehevertrages gehindert werden, die das Interesse der Familie erfordert. Im übrigen würde auch der Widerruf selbst den materiellen Interessen der Familie zuwiderlaufen.

112) Mazeaud IV 1 Nr.49-2; außerdem das Plädoyer des Senators Marcilhacy zugunsten dieser Lösung (zit. nach Hamiaut 73): "Pourquoi cette inversion de proposition ? Parce qu'il nous a semblé difficile d'admettre que, par hypothèse, 20 années après la conclusion d'un contrat de mariage comportant une clause d'inaliénabilité ou une simple condition, prenons un nom quelconque, disons oncle Onésime, puisse venir dire: pardon, je demande la révocation de la donation que j'ai faite dans le contrat de mariage, il y a vingt ans. On va se trouver devant des situations absolument contraires à une certaine décence."

113) Marcilhacy aaO.

6. Widerrufsvorbehalt, Bedingungen

Der streng durchgeführte Grundsatz der Unwiderruflichkeit erklärt das Verbot, die institution contractuelle mit einer Klausel zu versehen, die einen einseitigen Widerruf durch den Einsetzenden ermöglicht. Die Notarpraxis hatte versucht, derartige Klauseln einzufügen, um den Wünschen des Schenkers entgegenzukommen¹¹⁴⁾. Eine solche Klausel ist dennoch unwirksam. Gesetzlich geregelt sind einige Klauseln, die die Unwiderruflichkeit in gewisser Weise wieder einschränken. Art.1086, der auch die Schenkung künftigen Vermögens umfaßt¹¹⁵⁾, bestimmt: Der Schenker kann im Ehevertrag verlangen, daß der Beschenkte beim Tode des Schenkers für alle seine Verbindlichkeiten aufkommt. Außerdem erlaubt Art.1086, eine Potestativbedingung in den Schenkungsvertrag einzufügen. Der Schenker hat damit die Möglichkeit, den Bestand der institution contractuelle von einem Ereignis abhängen zu lassen, das seinem Willen unterliegt. Diese auf den ersten Blick beachtliche Möglichkeit hat jedoch keine praktische Bedeutung. Der Schenker kann nicht sagen: Ich schenke nur, wenn ich will, und ich nehme zu-

114) Mazeaud IV Nr.702

115) Jurisclasseur Art.1086 Nr.4; a.A. Julliot de la Morandière IV Nr.1011: nur die Mitgift ist angesprochen

rück, wenn ich will. Eine solche Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, da jede Bindung fehlt¹¹⁶⁾. Hauptfall einer solchen Potestativbedingung ist ein durchaus legitimes Anliegen der Eltern, die das heiratende Kind einsetzen wollen. Die Eltern können sich nämlich das Recht vorbehalten, sich gegenseitig von Todes wegen den Nießbrauch an der Hälfte oder dem Viertel ihres Vermögens oder an einem Viertel das Eigentum zuzuwenden. Wenn die institution contractuelle nicht diese Bedingung enthielte, wäre die Zuwendung wegen der Unwiderruflichkeit (Art.1083) nicht mehr möglich.

7. Willensmängel

Inwieweit ein Willensmangel eines Vertragsschließenden die Wirksamkeit der institution contractuelle berührt¹¹⁷⁾ behandelt die französische Literatur nicht im Zusammenhang mit der institution contractuelle. Es ist somit auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen. Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß ein Motivirrtum bei Schenkungen nur beachtlich ist, wenn das Motiv Vertragsbestandteil geworden ist¹¹⁸⁾. Da aber das Motiv einer

116) Jurisclasseur Art.1086 Nr.8

117) Im deutschen Recht §§ 2281, 2078, 2079 BGB

118) Colin/Capitant, Traité II Nr.658 B b

institution contractuelle immer die in Aussicht genommene Ehe ist, ist der Fall praktisch ohne Bedeutung. Einen Teil der Fälle, die nach deutschem Recht gemäß §§ 2281, 2078, 2079 BGB zur Anfechtung berechtigen, behandelt das französische Recht unter dem Stichwort 'caducité'¹¹⁹⁾ (Hinfälligkeit des Vertrages) und der 'révocation' (Wider-ruf).

8. Hinfälligkeit

Die institution contractuelle wird hinfällig, wenn

- die in Aussicht genommene Ehe nicht zustandekommt;
- der Eingesetzte und seine Abkömmlinge (für den Fall, daß sie in der institution bedacht sind), vor dem Schenker versterben;
- der Eingesetzte und seine Abkömmlinge die Erbschaft ausschlagen.

Sie verliert in dem Augenblick, in dem eines der genannten Ereignisse eintritt, für die Zukunft ihre rechtlichen Wirkungen¹²⁰⁾.

119) Zum Begriff der caducité Buffelan-Lanore, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil. Der Begriff ist ziemlich schillernd. Von anderen Unwirksamkeitsgründen unterscheidet er sich dadurch, daß die caducité ein zunächst wirksames Rechtsgeschäft voraussetzt, jedoch nachträglich ein gesetzlich fixierter Umstand eintritt, der das Geschäft hinfällig macht. Meist fällt nachträglich eine Voraussetzung weg, von der die Vertragsparteien - zumindest stillschweigend - ausgehen

120) Buffelan-Lanore 87

9. Widerruf

Widerrufsgründe sind:

a) Der Einsetzende war im Zeitpunkt der institution contractuelle ohne Nachkommenschaft. Später wird ihm ein eheliches Kind geboren. Gemäß Art.960 ist dann die Schenkung ipso jure widerrufen (révoquée de plein droit)¹²¹⁾. Dies gilt nicht, wenn der Vater eines Ehegatten die Eheleute durch institution contractuelle eingesetzt hat und ihm später ein Kind geboren wird. Art.960 trifft nur den Fall, daß eine andere kinderlose Person als die Eltern der Nupturienten diese einsetzen will. Art.960 spricht lediglich von Schenkungen, die von anderen Personen als den Aszendenten der Eheleute gemacht werden. Der Vater, der seinen Sohn und dessen zukünftige Frau einsetzt, braucht nicht den Widerrufsgrund der "survenance d'enfants"; er hat ja schon ein Kind¹²²⁾.

121) Diese eigenartige Unwirksamkeitsvariante läßt sich schwerlich in die herkömmlichen Unwirksamkeitskategorien einordnen. Die révocation de plein droit existiert nur bei Art. 960. Die Regelung beruht auf dem - recht zweifelhaften - Gedanken, daß der Einsetzende die Schenkung nicht gemacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß er später noch Kinder haben würde. Die so widerrufen Schenkung ist der Bestätigung nicht zugänglich. Will der Schenker an ihr festhalten, so muß er sie erneut vornehmen; vgl. zu diesen Fragen Buffelan-Lanore 119 ff.

122) Die Frage, die ohne große praktische Bedeutung ist, wird - soweit ersichtlich - in der französischen Literatur nur gestreift. Lediglich Buffelan-Lanore 119 vertritt im Gegensatz zum Text die Ansicht, daß Art.960 auch dann anwendbar sei, wenn der Beschenkte Abkömmling des Schenkers ist. Sie folgert dies aus der Ordonnance von 1731, auf die Art.960 zurückgehe. In ihr wurde der Schenker als kinderlos betrachtet, wenn sein einziges Kind der Beschenkte war. Diese Ansicht findet im Wortlaut des Code civil keine Stütze

b) Der Eingesetzte hat die ihm vom Schenker gemachten Auflagen nicht erfüllt. Die Widerrufsberechtigung ergibt sich aus Artt. 953, 954, 956. Hier ist zu beachten, daß der Code civil in den genannten Artikeln von "conditions" spricht, aber 'charges' (Auflagen) meint¹²³⁾. Ergänzend ist noch Art. 1086 anzuführen: Wenn der Eingesetzte die Auflagen nicht erfüllen will, kann er auf die Schenkung verzichten.

c) Undank bildet bei der Einsetzung durch einen Dritten keinen Widerrufsgrund (Art. 959). Anders ist es bei der gegenseitigen Einsetzung von Ehegatten im Ehevertrag¹²⁴⁾.

10. Dingliche Wirkungen der institution contractuelle

a) Ebensowenig wie der deutsche Erbvertrag überträgt die institution contractuelle das Eigentum an den einzelnen Vermögensgegenständen auf den eingesetzten Ehegatten oder dessen Abkömmlinge. Im deutschen Recht ergibt sich dies schon aus § 929 BGB: Eigentumsübergang erfordert Einigung und Übergabe. Im französischen Recht würde der Eigentumserwerb nicht am Traditionsprinzip scheitern, da der bloße Vertrag das Eigentum übergehen

123) Julliot de la Morandière IV Nr. 1010

124) Unten § 4 IV 2 c bb

läßt (Artt.1138, 938). Zwar kann sich z.B. der Verkäufer durch den Einbau einer entsprechenden Bedingung in den Kaufvertrag gegen den sofortigen Eigentumsübergang absichern. Bei den Schenkungen dagegen, zu denen nach der Systematik des Code civil auch die institution contractuelle gehört, soll nach dem Willen des Gesetzes der Eigentumsübergang nur durch Konsens stattfinden können. Damit wird ein späterer Widerruf, unbeschadet der gesetzlich zugelassenen Ausnahmen, unmöglich gemacht. Dies ist der Inhalt der Regel "donner et retenir ne vaut" (freie Übersetzung: man kann nicht mit der einen Hand schenken und mit der anderen zurückhalten), so wie sie in Art.943 niedergelegt ist. Durch den definitiven Eigentumsübergang will das Gesetz erreichen, daß sich der Schenker bereits vor der Schenkung über die Folgen seiner Großzügigkeit klar wird. Die institution contractuelle stellt die wichtigste Ausnahme zum Prinzip "donner et retenir ne vaut" dar¹²⁵⁾. Sie bewirkt keinen Eigentumsübergang, der Schenker bleibt Eigentümer seines Vermögens. Dies ergibt sich aus Art.1083, nach dem das Recht des Einsetzenden, über sein Vermögen entgeltlich zu verfügen, unberührt bleibt.

125) Die Durchbrechung des Art.1130 Abs.2 und des Art. 943 wird in der französischen Literatur als wesentliches (negatives) Kennzeichen der institution contractuelle herausgestellt

b) Völlig frei ist der instituant aber nicht mehr. Wenn er sich einmal durch die institution contractuelle verpflichtet hat, kann er nicht mehr unentgeltlich über sein Vermögen verfügen; geringe Summen und übliche Belohnungen fallen nicht unter das Verfügungsverbot. Art.1083 erfordert nur objektive Unentgeltlichkeit; eine böswillige Absicht wie in § 2287 BGB wird nicht verlangt. Das Verbot, unentgeltlich zu verfügen, wird wiederum durch Art.1086 letzter Satz eingeschränkt. Danach ist es möglich, in der institution contractuelle bestimmte bei Abschluß des Vertrages bestehende Vermögensgegenstände vom Verbot unentgeltlicher Verfügungen auszunehmen. Zwar spricht die Bestimmung nur von "verfügen" (disposer), sinnvoll läßt sich dies aber nur als "unentgeltlich verfügen" auslegen, da die entgeltliche Verfügung ohnehin gemäß Art.1083 gestattet ist¹²⁶⁾. Entgeltliche Verfügungen sind demnach unbeschränkt zulässig. Der Erblasser kann sogar sein Vermögen gegen Zahlung einer Leibrente veräußern, soweit diese Veräußerung nicht in böswilliger Absicht, also mit dem alleinigen Ziel geschieht, die institution contractuelle auszuhöhlen¹²⁷⁾. Umgekehrt kann sich der Erblasser nicht verpflichten, über sein Vermögen auch nicht entgeltlich zu verfügen. Eine solche Klausel ist wegen des zwin-

126) Jurisclasseur Art.1086 Nr.9

127) Cass.req.15.11.1836, D.P.1836.1.409

genden Charakters des Art.1083 und als Verstoß gegen Art.1130 Abs.2 nichtig¹²⁸⁾.

c) Entsprechend der Rechtsstellung des Erblassers erlangt der als Erbe Eingesetzte durch die institution contractuelle an den Vermögensgegenständen des Schenkers keinerlei dingliches Recht. Welche Rechtsposition der institué gegenüber dem instituant tatsächlich hat und welche Mittel ihm zur Sicherung dieser Position zustehen, ist stark umstritten. Der Streit hat seinen Ursprung in der unglücklichen Zwitterstellung (acte amphibie)¹²⁹⁾ der institution contractuelle. Einerseits ist sie Schenkung, andererseits entspricht sie in der Wirkung einem Vermächtnis (legs). Je nach dem, welches Element man stärker betont, ändert sich auch die Beurteilung der Rechtsstellung des institué. Der deutsche Vertragserbe hat zu Lebzeiten des Erblassers nur eine Chance, die Erwartung, Erbe zu werden. Er kann sein zukünftiges Recht weder durch einstweilige Verfügung noch durch eine Vormerkung oder sonstwie sichern lassen.

aa) Die französische Lehre betont stark die vertragliche Bindung¹³⁰⁾. Der Erbe hat bereits ein Recht, ein droit

128) Mazeaud IV 2 Nr.701; Cass.civ.5.7.1928, D.1929.1.43

129) Der Ausdruck geht auf Furgole zurück, Véron 89

130) d.h. die schuldvertragliche Bindung. Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zum deutschen Erbrecht, das den Erbeinsetzungsvertrag aus dem allgemeinen Schuldrecht gelöst und nur den Vertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten dort belassen hat

éventuel (deutsch etwa Anwartschaftsrecht), das allerdings nicht abtretbar ist (Art.1130 Abs.2) und das sich auch noch nicht so weit verdichtet hat, daß es einen Vermögensteil des Vertragserben darstellen würde. Dieses Anwartschaftsrecht ist nicht identisch mit einem bedingten Recht (droit conditionnel). Es bereitet der französischen Lehre Schwierigkeiten festzustellen, in welchem Verhältnis droit éventuel und droit conditionnel stehen. Nach einer verbreiteten Ansicht liegt das entscheidende Kriterium in der Rolle des Parteiwillens¹³¹⁾. Bei einem bedingten Rechtsgeschäft wird der Umstand, der den Eintritt der Bedingung herbeiführen soll, vom Parteiwillen bestimmt, die (Nicht-)Herbeiführung entzieht sich jedoch dem Einfluß der Parteien. Beim droit éventuel dagegen hängt der Umstand, der zur Rechtsvollendung führt, nicht vom Parteiwillen, sondern vom Gesetz ab. Beispiel¹³²⁾: Der präsumptive Erbe hat ein droit éventuel. Die Richtigkeit dieses Beispiels entnimmt man Art.791, der von den droits éventuels des Erben spricht.

Wenn gesagt wird, daß der institué ein droit éventuel

131) Jurisclasseur Art.1168-1174 Généralités Nr.22, Planiol/Ripert (-Radouant) VII Nr.1024

132) Aus Jurisclasseur aaO.

hat¹³³⁾, so ist damit nicht die Terminologie des Art.791 gemeint, denn der gewöhnliche Erbe hat kein Recht, er hat nur die Hoffnung, Erbe zu werden. Art.791 verwendet somit den Begriff des droit éventuel untechnisch¹³⁴⁾. Die Rechtsstellung des durch institution contractuelle Eingesetzten entspricht vielmehr derjenigen eines Anwartschaftsberechtigten. Mit der Bindung des Erblassers durch den Erbvertrag korrespondiert auf der Seite des Vertragserben das Anwartschaftsrecht¹³⁵⁾. Da der Begriff des droit éventuel sehr schillernd ist (ebenso wie im deutschen Recht die Anwartschaft), ist es sinnvoller, der Meinung zu folgen, die, ohne sich terminologisch festzulegen, dem Vertragserben ein "Recht auf den Erwerb der Erbschaft, eine Berufung zum Erben"¹³⁶⁾, oder ein "zwar dem Vorversterben des Schenkers unterworfenenes, aber nicht minder sicheres (certain) Recht"¹³⁷⁾ gibt.

133) Beudant VII Nr.486: "C'est plus qu'une simple espérance, mais moins qu'un droit acquis." Aubry/Rau (-Esmein) XI § 739 Fn.57: "Un droit à la fois conditionnel quant à son ouverture et éventuel quant à son objet." Mazeaud II Nr.1032: "Le droit éventuel est un droit moins efficace que le droit ordinaire dont il prépare la naissance éventuelle." Vgl. außerdem Mazeaud IV 2 Nr.701, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.778, Ripert/Boulanger IV Nr.3789

134) Verdier Nr.87

135) So die in Fn.133 zitierten Autoren

136) Colin/Capitant, Cours III Nr.1744, Verdier Nr.100

137) Cass.req. 22.1.1873, D.P.1873.1.473

bb) Die gesicherte Rechtsposition des institué wird mit der des Pflichtteilsberechtigten verglichen¹³⁸⁾. Auch er hat einen unentziehbaren Anspruch auf einen bestimmten Teil des Nachlasses. Während jedoch sein Recht auf dem Gesetz beruht, erwächst das Recht des institué aus einem Vertrag. Daraus ergibt sich eine bedeutsame Folge¹³⁹⁾: Im Gegensatz zum Pflichtteilsberechtigten hat der institué die Möglichkeit, bereits vor dem Eintritt des Erbfalls seinen mit dem Erbfall zum Vollrecht erstarkenden Anspruch zu sichern. Indem das französische Recht dem Vertragserben Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung stellt, unterscheidet es sich vom deutschen Recht. Nach der Rechtsprechung des BGH hat der Vertragserbe vor Eintritt des Erbfalls keine Möglichkeit, seinen Anspruch irgendwie zu sichern¹⁴⁰⁾. Der Grund für die Haltung des französischen Rechts muß darin gesehen werden, daß bei der institution contractuelle das vertragliche Element zu Lebzeiten des Erblassers gegenüber dem erbrechtlichen stärker betont wird. Die Sicherungsmöglichkeiten stehen dem institué wie jedem anderen Vertragsgläubiger zu, soweit nicht die besondere Natur der institution contractuelle dies verbietet. Drei Mittel setzen den institué in die Lage, sich gegen Rechtshand-

138) Julliot de la Morandière IV Nr.1052, Josserand III Nr.1783

139) Colin/Capitant, Cours III Nr.1744

140) BGH 19.1.1954, BGHZ 12, 115 (118 f.)

lungen des Erblassers zu schützen, die sein unwiderrufliches Erbrecht zu beeinträchtigen geeignet sind.

(1) Der institué kann mit der action Paulienne (actio Pauliana, einer Art Anfechtungsklage) selbst entgeltliche Rechtsgeschäfte anfechten, die der Erblasser mit Dritten abgeschlossen hat, um die institution contractuelle in arglistiger Absicht auszuhöhlen¹⁴¹⁾.

(2) Der institué kann die Maßnahmen ergreifen, die zur Sicherung seines Rechts notwendig sind (mesures conservatoires). Dies entnimmt man Art.1180, der seinem Wortlaut nach nur die Sicherung bedingter Rechte erfaßt. Der Rechtsprechung kam es weniger darauf an, ob es dogmatisch sauber ist, das noch nicht voll verwirklichte Recht des institué als droit conditionnel zu kennzeichnen¹⁴²⁾. Man urteilte vom Ergebnis her; wenn der institué eine gesicherte Rechtsposition hat, muß man ihm auch die Möglichkeit geben, sich gegen ihn beeinträchtigende (z.B. als entgeltlich verschleierte unentgeltliche) Verfügungen des Erblassers zu schützen. So hat die Cour de Cassation entschieden¹⁴³⁾, daß der institué von der zweiten Ehefrau

141) Colin/Capitant, Cours III Nr.1744

142) Art.1180, der das droit conditionnel betrifft, hat seinen Rechtsgrund in der ex-tunc-Wirkung des Eintritts der Bedingung, so daß eine Sicherung des Gläubigers notwendig ist.

143) Cass.req. 22.1.1873, S.1873.1.57

des Erblassers, der ihr in Benachteiligungsabsicht etwas unentgeltlich zugewendet hat, verlangen kann, daß diese noch zu Lebzeiten des instituant eine hinreichende Sicherheit für die Rückerstattung des Zugewendeten leistet¹⁴⁴⁾.

(3) Mit der Frage der Sicherung des Rechts des institué hängt das Problem zusammen, ob die institution contractuelle eine Transkription der Immobilien erfordert, andernfalls ein gutgläubiger Erwerb Dritter möglich ist. Für Schenkungen gegenwärtigen Vermögens schreibt Art.939 die Transkription ausdrücklich vor. Ob auch die Schenkung zukünftigen Vermögens eine Transkription erfordert, ist in der französischen Lehre umstritten. Bis zum Dekret vom 4.1.1955 war die Rechtslage eindeutig; da durch die institution contractuelle kein Eigentumserwerb des instituté stattfindet, war auch eine Transkription nicht möglich¹⁴⁵⁾. Das Dekret vom 4.1.1955

144) Zustimmend zu dieser Rechtsprechung Aubry/Rau (-Esmein) XI § 739 S.518, Colin/Capitant, Cours III Nr.1745, Mazeaud IV 2 Nr.701, Josserand III Nr.1784. Besonders typisch für die Denkweise Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.778: Wenn man nicht betrügerische Verfügungen ermöglichen wolle, müsse der institué die mesures conservatoires haben. Ablehnend: Beudant VII Nr.486, Ripert/Boulanger IV Nr.3789, Véron 103, 33, weil sich erst bei der Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft zeige, ob der instituté überhaupt ein Recht habe.

145) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 704 S.249 und § 739 S.505, Ripert/Boulanger IV Nr.3787; Cass.req.15.5.1876, D.1877.1.195; a.A. offensichtlich Rodière, La transcription des institutions contractuelles, Rev.trim.dr.civ.39 1940/41 539-567

hat den Kreis der der Transkription unterliegenden Rechtsgeschäfte beträchtlich erweitert. Art.28 des Dekrets bestimmt: Im Hypothekenamt des belegenen Grundstücks müssen publiziert werden

- alle Rechtsgeschäfte, auch wenn sie unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt sind ...
- Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die ein gesondertes zeitliches Verfügungsverbot oder irgendeine andere Verfügungsbeschränkung enthalten.

Daß die institution contractuelle nicht unter die erste Variante fällt, ergibt sich daraus, daß die aufschiebende Bedingung ex tunc wirkt, während die institution contractuelle eigentumsübertragende Wirkung erst beim Tode des Erblassers entfaltet. Die institution contractuelle kann jedoch unter die Verfügungsbeschränkungen subsumiert werden. Zwar bleibt der Erblasser befugt, über sein Vermögen zu verfügen; unentgeltliche Verfügungen sind ihm dagegen untersagt. Die institution contractuelle unterliegt mithin der Transkription, andernfalls ein gutgläubiger Erwerb Dritter möglich ist (inopposable aux tiers) (Art.30 des Dekrets)¹⁴⁶⁾.

146) Ebenso Nerson 156, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.776; a.A. Jurisclasseur Art.939-942 Nr.11, der der alten Meinung folgt, die nur auf den fehlenden Eigentumserwerb und nicht auf die Verfügungsbeschränkung abstellt. Auch das belgische Schrifttum lehnt eine Transkription der institution contractuelle ab, Renauld, Droit patrimonial de la famille Nr.442 m.w.N.

III. Besondere Ausgestaltungen der institution contractuelle

1. Die donation cumulative des biens présents et à venir (Artt.1084, 1085)

Sie ist eine eigentümliche Form der institution contractuelle¹⁴⁷⁾. Entgegen der Bezeichnung "donation cumulative" gibt sie dem Eingesetzten bei Eintritt des Erbfalls ein Wahlrecht. Der institué kann wählen zwischen dem Vermögen zur Zeit des Vertragsschlusses und demjenigen im Augenblick des Todes. Der letztere Fall bietet keine Besonderheit; er wird wie eine gewöhnliche institution contractuelle behandelt. Die Einsetzung erfolgt somit nicht kumulativ, sondern alternativ¹⁴⁸⁾. Neben der üblichen Form der institution contractuelle erfordert die donation cumulative, daß dem Vertrag ein Vermögensverzeichnis beigelegt wird; fehlt es, so kann die donation cumulative nur als gewöhnliche institution contractuelle aufrechterhalten werden. Der wesentliche Vorteil dieses Vertrages liegt für den institué darin, daß die Ausübung seines Wahlrechts die Schuldenhaftung beeinflusst. Ent-

147) Zur Geschichte Ripert/Boulanger IV Nr.3800

148) Ferid/Firsching, Frankreich, Grundzüge Randnr.154

scheidet er sich für das Vermögen zur Zeit des Vertragsabschlusses, so haftet er für die Verbindlichkeiten des Erblassers in diesem Zeitpunkt; wählt er das Vermögen im Zeitpunkt des Todes, so haftet er wie ein légataire. Dadurch entgeht der institué dem Risiko eines Vermögensverfalls des Erblassers; er weiß genau, welche Aktiva und Passiva beim Erbfall auf ihn übergehen. Aus dem Wahlrecht ergibt sich für den Erblasser, daß er über sein Vermögen auch nicht mehr entgeltlich verfügen kann, da diese Verfügung gegenüber dem institué, falls er sich für das gegenwärtige Vermögen entscheidet, unwirksam wäre. Allerdings ist gutgläubiger Erwerb gemäß Art.2279 (Mobilien) und Art.939 (Immobilien) möglich. Deshalb ist für diesen Fall unbestritten, daß die Transkription erforderlich ist¹⁴⁹⁾. Daß der Erblasser durch eine derartige Vermögensbindung¹⁵⁰⁾ jeden Kredit verliert, versteht sich¹⁵¹⁾. Deshalb spielt diese Art der institution contractuelle in der Praxis keine große Rolle.

149) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 704 S.249, Jurisclasseur Art.939-942 Nr.11, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.789, Ripert/Balanger IV Nr.3806

150) Dies muß gerade deshalb überraschen, weil eine starke Vermögensbindung dem französischen Recht suspekt ist, vgl. oben § 3 I 4

151) Colin/Capitant, Cours III Nr.1751

2. Die promesse d'égalité.

Als zweite besondere Form der institution contractuelle ist das Versprechen der Gleichstellung hervorzuheben, das besonders im Süden Frankreichs verbreitet ist. Während die donation cumulative den Erblasser noch stärker als die gewöhnliche institution contractuelle bindet, führt die promesse d'égalité nicht zu einer allgemeinen Verfügungsbeschränkung, sondern schützt den Versprechensempfänger nur vor freigebigen Verfügungen, die ihn gegenüber Geschwistern benachteiligen. Ihr Inhalt ist folgender: Der Vater verspricht seinem Kind, das heiratet, im Ehevertrag, es in der Erbfolge wie die anderen Kinder zu behandeln, mithin die Geschwister nicht besser zu stellen. Welche Erbteilshöhe sich für den Versprechensempfänger aus der promesse d'égalité ergibt, ist umstritten; nicht einmal die Rechtsprechung ist einheitlich.

Nach einer Auffassung¹⁵²⁾ verspricht der Vater Gleichstellung in Höhe des gesetzlichen Erbteils (part virile). Wenn also drei Kinder vorhanden sind, verspricht der Vater den dritten Teil des Nachlasses. Nach der herrschenden Meinung¹⁵³⁾ hat das Versprechen keine so weitreichenden

152) Riom 21.2.1883, D.1885.1.108

153) Colin/Capitant, Cours III Nr.1755, Ripert/Boulanger IV Nr.3774; Limoges 23.5.1888, D.1890.2.78

de Bedeutung. Der Vater verspricht nur, den Versprechensempfänger nicht zugunsten der Geschwister zu benachteiligen. Der Vater könnte demnach über die verfügbare Quote (quotité disponible) zugunsten eines Dritten verfügen. Solange der Rest (réserve) durch die Zahl der Geschwister geteilt wird, ist der Versprechensempfänger nicht benachteiligt. Es ist eine Frage der Auslegung, was der Vater tatsächlich wollte¹⁵⁴⁾. Starre Regeln lassen sich nicht aufstellen. Die Vermutung spricht für bloßes Gleichstellungsversprechen, nicht für die Zusicherung des gesetzlichen Erbteils.

IV. Erbeinsetzung unter Ehegatten durch Ehevertrag

1. Grundsatz

Neben der institution contractuelle durch Dritte kennt der Code civil auch eine vertragliche Erbeinsetzung untereinander, sei es daß ein Ehegatte den anderen, sei es, daß sie sich gegenseitig einsetzen. Eine derartige institution contractuelle kann nur vor Eingehung der Ehe erfolgen, da auch der Ehevertrag nur vor der Eheschließung zulässig ist. Das für die institution con-

154) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 739 S.526, Colin/Capitant, Cours III Nr.1755, Mazeaud IV 2 Nr.705, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.787; Cass.req. 10.3.1884, S.1885.1.351

tractuelle durch Dritte Gesagte gilt entsprechend für Verfügungen unter Ehegatten. Indes sind folgende Abweichungen zu beachten:

2. Besonderheiten

a) Schließen minderjährige Ehegatten einen Ehevertrag und setzen sie sich durch institution contractuelle zu Erben ein, so richten sich die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit der Vertragspartner nicht nach Schenkungsrecht, sondern nach den Voraussetzungen für die Eheschließung. Dies ergibt sich aus Art.1095, 1398. Zur Gültigkeit einer institution contractuelle durch einen Minderjährigen ist also^{erforderlich}, daß die Personen zustimmen, deren Zustimmung auch für die Gültigkeit der Ehe nötig ist. Testierfähigkeit reicht ebenso wenig aus wie bei der institution contractuelle durch Dritte¹⁵⁵⁾.

b) Es gilt nicht die Vermutung des Art.1082 Abs.2, nach dem im Falle des Vorversterbens des Bedachten des-

155) Cass.chambres réunies 21.6.1892, D.1892.1.369:
"Les donations de biens à venir ont, au point de vue de la capacité du disposant, le caractère de donations entre vifs et ne doivent pas être confondues avec les dispositions testamentaires."

sen Abkömmlinge berufen sind. Art.1093 Satz 2 schließt die Abkömmlinge des vorversterbenden Ehegatten ausdrücklich aus. Die institution contractuelle ist dann gemäß Art.1089 hinfällig¹⁵⁶⁾. Der Grund für diese Regelung ist unschwer zu erkennen. Die Abkömmlinge erhalten das Vermögen, das Gegenstand der institution contractuelle ist, bei dem Tode ihrer Eltern (zumindest in Höhe ihres Pflichtteils) ohnehin, was bei der Einsetzung durch einen Dritten nicht unbedingt der Fall sein muß. Ein weitergehender Schutz ist daher nicht erforderlich¹⁵⁷⁾. Es ist fast allgemeine Meinung¹⁵⁸⁾, daß Art.1093 Satz 2 keine widerlegbare Vermutung, sondern zwingendes Recht darstellt. Nur Timbal¹⁵⁹⁾ sieht in Art.1093 nicht nur eine Vorschrift, die die Vermutung des Art.1082 aufhebt.

156) Hat der instituant zu Lebzeiten des institué ein der institution contractuelle widersprechendes Testament errichtet und verstirbt der eingesetzte Ehegatte, so ist das Testament voll wirksam, Cass. civ.12.1.1970, Journ.Not. 164 [1971] Art.50021 mit Anm.Viatte

157) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 741 und § 742 Fn.4, Colin/Capitant, Cours III Nr.1742, Mazeaud IV 2 Nr.699, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.773, Ripert/Boulangier IV Nr.3813. Die Reformpläne zur Änderung des Code civil wollen dagegen eine Einsetzung der Kinder zulassen, Avant-projet II 173 (Art.1035 Abs.2)

158) Die in Fn.157 zitierten Autoren

159) Timbal Nr.65, 66

Er entnimmt aus Art.1093 wiederum eine widerlegbare Vermutung: Bei der Einsetzung durch Ehegatten sind die Kinder nicht bedacht, soweit nicht ein anderer Wille der Ehegatten zum Ausdruck gekommen ist. Bei Art.1082 dagegen werde widerlegbar unterstellt, daß die Kinder eingesetzt sind, soweit sich aus der institution contractuelle nichts anderes ergibt. Diese Ansicht übersieht den jeweiligen Rechtsgrund von Art.1082 und Art. 1093. Art.1082 begünstigt auch die Kinder, weil die materielle Grundlage der Familie gesichert werden soll. Bei Art.1093 besteht dafür kein Bedürfnis, da das Vermögen, über das durch institution contractuelle letztwillig verfügt wird, ohnehin der Familie bleibt. Die Frage hat in der Praxis keine besondere Bedeutung erlangt. Aus einem Urteil der Cour d'Appel von Chambéry läßt sich jedoch entnehmen, daß die Rechtsprechung der herrschenden Meinung folgt¹⁶⁰⁾.

160) Chambéry 22.1.1882, D.1883.2.135: Es ist nicht möglich, der Ehefrau einen Nießbrauch an einem Teil des Vermögens zu vermachen und gleichzeitig den Kindern gesondert das bloße Eigentum (nue-propriété) zuzuwenden. Wenn aber nicht einmal diese subsidiäre Klausel zulässig ist, ist die Einsetzung zu Vollerben erst recht nicht möglich.

c) Widerrufsgründe

aa) Die institution contractuelle wird nicht dadurch widerruflich, daß dem einsetzenden Ehegatten nach Vertragsschluß Kinder geboren werden. Für die in Aussicht genommene Ehe ist das selbstverständlich, denn das Gesetz geht davon aus, daß aus der Ehe Kinder hervorgehen. Die Frage könnte nur bei einer zweiten Ehe des Einsetzenden aktuell werden. Der Ausschluß der Widerruflichkeit kann zwar nicht Art.1096 entnommen werden; er betrifft nur Schenkungen während der Ehe, also nicht Schenkungen durch Ehevertrag¹⁶¹⁾. Er ergibt sich jedoch aus dem Wortlaut des Art. 960: Alle Schenkungen unter Lebenden, die im Hinblick auf die Ehe von anderen Personen als den Aszendenten und den Eheleuten gemacht werden, sind ipso jure durch die spätere Geburt eines ehelichen Kindes des Schenkers widerrufen. Somit wird eine Schenkung, die ein Ehegatte dem anderen macht, nicht durch die spätere Geburt eines Kindes widerrufen. Es ist streitig, ob dies auch dann gilt, wenn die erste Ehe kinderlos aufgelöst wird und aus der zweiten Ehe Kinder hervorgehen. Die Rechtsprechung¹⁶²⁾ wendet auch hier Art.960 an und unterscheidet nicht zwischen Kindern aus erster und zweiter Ehe. Die Frage kann für die institution contractuelle dahingestellt bleiben. Selbst wenn

161) Dazu unten § 4 V 2

162) Cass.civ.11.5.1857, D.1857.1.215

nämlich Art.960 bei einer Wiederverheiratung auch für die institution contractuelle gilt, ist die Fragestellung nur bei Schenkung gegenwärtigen Vermögens sinnvoll; denn hier verbleibt der zugewendete Gegenstand im Nachlaß des z.B. verstorbenen Ehegatten, nachdem das Eigentum durch die Schenkung übergegangen ist. Bei der institution contractuelle dagegen erfolgt kein Eigentumsübergang. Somit gibt es nach dem Tode des Ehegatten auch keinen Gegenstand des Schenkers, der sich im Nachlaß befinden könnte. Außerdem paßt dieses in der Literatur¹⁶³⁾ gebrachte Beispiel auch aus einem anderen Grunde nicht. Durch den Tod des eingesetzten Ehegatten ist die institution contractuelle gemäß Art.1093, 1089 hinfällig. Daß der einsetzende Ehegatte dann zum zweiten Male heiratet und aus dieser Ehe Kinder hervorgehen, kann die hinfällige institution contractuelle nicht berühren. Bei einer Scheidung der ersten Ehe ergibt sich aus Art.299, daß die institution contractuelle wirkungslos ist.

bb) Dagegen kennt der Code civil bei der Einsetzung durch Ehegatten den Widerrufsgrund des Undanks (Art.955). Art.959 gilt nur für die Einsetzung durch Dritte.

Vergleicht man die dargestellten Widerrufsgründe bei der institution contractuelle durch Dritte und der durch Ehe-

163) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 709

leute, so zeigt sich eine eigentümliche Antithese: Der Dritte kann widerrufen, wenn ihm später Kinder geboren werden, dagegen nicht wegen Undanks. Die Ehegatten, die durch Ehevertrag die institution contractuelle vereinbart haben, können nicht wegen der späteren Geburt von Kindern, wohl aber wegen Undanks widerrufen¹⁶⁴⁾.

cc) Ändern die Ehegatten, wie dies seit der Güterrechtsreform von 1965 möglich ist, den Ehevertrag, so wird davon eine im Ehevertrag enthaltene institution contractuelle nicht berührt. Allerdings können sie bei der Änderung durch eine ausdrückliche gemeinsame Erklärung die jeweilige Annahme der Schenkung zurücknehmen¹⁶⁵⁾.

V. Institution contractuelle während der Ehe

1. Gesetzliche Grundlage

Neben den beiden genannten Formen der institution contractuelle im Ehevertrag kennt der Code civil eine dritte Art der institution contractuelle, die nicht an den Ehevertrag gebunden ist: die institution contractuelle während der Ehe. Ihre Zulässigkeit ist zwar nirgends aus-

164) Ripert/Boulanger IV Nr.3816 Fn.1

165) Trib.gr.inst. Cahors 10.12.1970, Journ.Not.164 [1971]
Art.50071

drücklich geregelt. Sie ergibt sich jedoch aus Art.947, der für die in Artt.1081 ff. und Artt.1091 ff. aufgeführten Schenkungen Art.943 bis 946 unanwendbar erklärt. Da aber in Art.943 das Verbot von Schenkungen zukünftigen Vermögens enthalten ist und andererseits Art.1096 von Schenkungen während der Ehe spricht, ist eine Schenkung künftigen Vermögens zulässig, also auch desjenigen, das beim Tode des Erblassers vorhanden ist. Diese Art der institution contractuelle ist heute ein vielfach verwendetes Mittel zur Regelung der Erbfolge, dessen Zulässigkeit niemand in Zweifel zieht¹⁶⁶⁾.

Grundsätzlich gelten für die institution contractuelle während der Ehe die Bestimmungen für Schenkungen unter Lebenden, so z.B. die notarielle Form des Art.931¹⁶⁷⁾ und die Notwendigkeit der Annahme (Art.932). Folgende Besonderheiten sind jedoch zu beachten.

2. Freie Widerruflichkeit

Im Gegensatz zur institution contractuelle durch Ehevertrag ist die institution contractuelle während der Ehe frei widerruflich (Art.1096). Damit unterscheidet sie

166) Ripert/Boulanger IV Nr.3821, Véron 99

167) Ripert/Boulanger IV Nr.3825

sich in einem wesentlichen Punkt von den beiden anderen Formen der institution contractuelle. Sie ist daher wohl auch verbreiteter als die unwiderruflichen Erbeinsetzungen.

a) Der Grund für die freie Widerruflichkeit liegt in dem Mißtrauen des französischen Rechts gegenüber Schenkungen zwischen Ehegatten. Noch die meisten Coutumes verboten jede Art von Schenkung zwischen Ehegatten. Da man aber erkannte, daß man den Ehegatten nur schwerlich verbieten konnte, sich Geschenke zu machen, hat eine Kompromißlösung im Code civil Eingang gefunden. Zwar sind Schenkungen zwischen Ehegatten zulässig, aber immer frei widerruflich (révocable ad nutum). Damit soll vermieden werden, daß ein Ehegatte den anderen unter Druck setzt und zu einer Schenkung veranlaßt¹⁶⁸⁾.

b) Die freie Widerruflichkeit wurde bis zum Gesetz 63-1092 vom 6.11.1963 durch Art.1097 gesichert. Er verbot, daß während der Ehe Schenkungen in einer Urkunde gemacht wurden¹⁶⁹⁾. Man befürchtete, daß durch die Verbindung in einer Urkunde, wenn nicht rechtlich, so doch praktisch

168) Timbal Nr.114, Ripert/Boulanger IV Nr.3818 ff.

169) Vgl. die Parallelvorschrift des Art.968 für das gemeinschaftliche Testament, deren Beibehaltung allerdings rechtspolitisch fragwürdig geworden ist (Voinin Sem.jur.1963 I 1809)

die Widerrufsmöglichkeit beeinträchtigt werde. Durch das genannte Gesetz ist Art.1097 aufgehoben worden, so daß eine Verschlechterung der Widerrufsmöglichkeit zu verzeichnen ist¹⁷⁰⁾, obwohl die Gründe, die zur Aufhebung geführt haben, auf ganz anderem Gebiet lagen¹⁷¹⁾.

c) Im Hinblick auf die beliebige Widerrufsmöglichkeit wurde von der Rechtsprechung die institution contractuelle während der Ehe dem Testament angenähert, und zwar hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit. In einer allerdings vereinzelt gebliebenen Entscheidung der Cour de Cassation vom 20.2.1929¹⁷²⁾ hatte ein wegen Verschwendungssucht in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter (er konnte nur zusammen mit einem gerichtlichen Beistand (conseil judiciaire) handeln), aber Testierfähiger, seinem Ehegatten sein Vermögen für den Todesfall zugewendet. Die Cour de Cassation entschied, daß die institution contractuelle gültig sei, da die - in dem zur Entscheidung stehenden Falle vorhandene - Testierfähigkeit ausreiche¹⁷³⁾; wenn

170) Véron 102: "tendant à l'irrévocabilité"

171) Art.1097 a.F. verhinderte die befriedigende Lösung folgenden Falles: Die Ehegatten verkauften ein gemeinsames Grundstück und vereinbarten mit dem Erwerber die Umwandlung des Kaufpreises in eine Rente zugunsten des überlebenden Ehegatten. In der Zuwendung der Rente liegt eine Schenkung, die in einer Urkunde, nämlich dem Kaufvertrag vereinbart ist. Zunächst hielt die Rechtsprechung die Klausel für zulässig, erklärte sie aber in jüngster Zeit für ungültig. Da dies zu unbilligen Ergebnissen führte, wurde Art. 1097 aufgehoben.

172) D.P.1929.1.104

173) Vgl. dagegen die in Fn.155 zitierte Entscheidung für die Einsetzung im Ehevertrag

nämlich der Schenker wie beim Testament frei widerrufen könne, müsse auch die Testierfreiheit genügen.

Diese Entscheidung ist bis heute umstritten. Esmein¹⁷⁴⁾ hat sich mit der gleichen Begründung angeschlossen. Der überwiegende Teil der Lehre lehnt die Entscheidung ab¹⁷⁵⁾. Insbesondere Josserand¹⁷⁶⁾ und Véron¹⁷⁷⁾ haben nachgewiesen, daß die Entscheidung nicht haltbar ist. Sie vermengt die Voraussetzungen, die an die Personen eines Rechtsgeschäfts zu stellen sind, mit seinen Wirkungen. Verschiedene Mittel, die zu einem identischen Ergebnis, nämlich einer Verfügung von Todes wegen, führen, bedeuten noch nicht, daß die Mittel gleich sind. Konsequenterweise durchgeführt müßten nach der Ansicht der Cour de Cassation auch andere Rechtswirkungen der institution contractuelle während der Ehe nach Testamentsrecht behandelt werden. Diesen Schritt hat die Rechtsprechung bisher nicht getan.

d) Aus der freien Widerruflichkeit ergibt sich ein weiteres: Wenn man dem institué bei Unwiderruflichkeit ein droit éventuel mit der Möglichkeit, sein Recht abzusichern,

174) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 744 S.545

175) Colin/Capitant, Cours III Nr.1739, Ripert/Boulanger IV Nr.3823, 3777

176) D.H.1930 Chron.21

177) 101

zubilligt, so ist die Position des während der Ehe Eingesetzten nicht so stark, daß man ihm die gleichen Möglichkeiten einräumen könnte. Der Eingesetzte hat nur eine Aussicht (espérance), die jederzeit durch den Widerruf zunichte gemacht werden kann; eine irgendwie gesicherte Rechtsposition ist nicht ersichtlich. Er hat ebenso wenig Rechte wie der durch Testament Eingesetzte¹⁷⁸⁾, weshalb man auch die institution contractuelle während der Ehe als "testament contractuel"¹⁷⁹⁾ bezeichnet hat.

178) Anderer Ansicht Jossierand D.H.1930 Chron.23, der ein droit éventuel bejaht mit folgender wenig überzeugender Begründung: Beim Testament werde die persönliche Überlegung widerrufen, bei der institution contractuelle gemäß Art.1096 ein Vertrag, bei dem im Gegensatz zum Testament eine andere Person beteiligt ist. Der Ehegatte nehme sein Wort zurück; er widerrufe eine eingegangene vertragliche Verpflichtung. Diese Tatsache wirke hemmend auf seinen Willen zu widerrufen. Er werde es sich genau überlegen, bis er sich zu einem solchen Schritt entschlöße. Diese psychologische Situation schaffe dem Eingesetzten ein droit éventuel. Dies ist jedoch als Begründung nicht ausreichend. Wer eine Wette eingeht und nicht hält, befindet sich gegenüber dem anderen in einer höchst unangenehmen Situation, ohne daß dem anderen daraus ein Recht erwächst.

179) Voirin Anm. zu Cass.req. 10.7.1944, Sem.jur. 1944 II 2732

VI. Die Stellung des institué nach dem Tode des instituant

1. Grundsatz

Mit dem Tode des instituant geht das Vermögen, das Gegenstand der institution contractuelle ist, auf den institué über. Nach dem Eintritt des Erbfalls hat der institué dieselben Rechte und Pflichten (Erbenhaftung) wie ein légataire. Während zu Lebzeiten des Erblassers das vertragliche Element überwiegt, kommt jetzt voll zum Tragen, daß die institution contractuelle ein erbrechtliches Rechtsgeschäft ist. Die Rechte des institué richten sich somit danach, ob er institué universel, à titre universel oder à titre particulier ist, entsprechend der Dreiteilung der Legate.

2. Optionsrecht

Der Vertragserbe hat, wenn ihm das ganze Vermögen oder ein Teil davon vermacht sind, ein dreifaches Wahlrecht: Er kann die Erbschaft vorbehaltlos annehmen, unter Vorbehalt der Inventarerrichtung annehmen oder ausschlagen (Artt. 774, 775). Der institué, der nur auf einen bestimmten Gegenstand eingesetzt ist,

kann nur annehmen oder ausschlagen. Für ihn ist die Inventarerrichtung ohne Bedeutung, da sie nur interessant wird, wenn der Erbe ultra vires haftet, was beim institué à titre particulier nicht der Fall ist. Daß der institué ausschlagen kann, wird im französischen Schrifttum nicht bestritten. Bemerkenswert ist allerdings der häufig anzutreffende Hinweis - hier kommt wieder die starke Betonung des vertraglichen Elements zum Vorschein -, daß der institué das Ausschlagungsrecht habe, obwohl er bereits im Vertrag die institution contractuelle angenommen habe. Dies sei aber kein venire contra factum proprium, sondern erkläre sich daraus, daß mit Vertragsabschluß nicht die Schenkung des Vermögens, sondern der Erbenstellung angenommen werde, die auch das Recht zum Ausschlagen umfaßt¹⁸⁰⁾. Auch was die Form der Ausschlagung anbelangt, sind die für die testamentarische Erbfolge geltenden Vorschriften anzuwenden. Daher muß die Ausschlagung nicht beim "greffe" erfolgen¹⁸¹⁾.

180) Beudant VII Nr.487, Colin/Capitant, Cours III Nr. 1747, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.780, Ripert/Boulanger IV Nr.3794, Véron 105

181) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 739 S.519, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.784, Ripert/Boulanger IV Nr.3794; Dijon 15.4.1907, D.1909.2.210

3. Saisine

Der institué hat die saisine in den Fällen, in denen sie auch der légataire hat, also dann, wenn er Universalerbe ist und keine Pflichtteilsberechtigten vorhanden sind (Art. 1006). In den anderen Fällen muß er Herausgabe von den Erbschaftsbesitzern verlangen. Allerdings hat er dann das Recht, vom Eintritt des Erbfalls an die Nutzungen zu fordern und die possessorischen und petitorischen Besitzklagen auszuüben. Der Rechtsgrund dafür ist allerdings nicht das Erbrecht als solches, sondern der Vertrag, auf dem das Erbrecht beruht¹⁸²⁾.

4. Herabsetzung wegen Beeinträchtigung des Pflichterbrechts

Die Schwierigkeit der systematischen Einordnung der institution contractuelle zeigt sich besonders deutlich bei der Frage der Herabsetzung (réduction) wegen Beeinträchtigung des Pflichtteilsrechts. Behandelt man die institution contractuelle als letztwillige Verfügung, so müssen alle letzt-

182) Colin/Capitant, Cours III Nr.1747, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.781, Ripert/Boulangier IV Nr.3796, Véron 103; Aubry/Rau (-Esmein) XI § 739 S.520, der den institué auch dann, wenn er die saisine nicht hat, nicht auf die Herausgabe des Nachlasses zur Geltendmachung der Rechte verweist; vielmehr könne er seine Rechte auch ohne die 'délivrance' geltend machen

willigen Zuwendungen verhältnismäßig (au marc le franc¹⁸³⁾) herabgesetzt werden (Art.926), bis die quantité disponible erreicht ist. Betont man stärker den Schenkungscharakter, so erfolgt keine verhältnismäßige Herabsetzung. Maßgebend ist dann der Zeitpunkt der Schenkung. Die zeitlich dem Todesfall am nächsten stehende Schenkung wird zuerst herabgesetzt; wenn dann die quantité disponible noch nicht erreicht ist, die nächste Schenkung und so fort. Testamentarische Zuwendungen werden vor den Schenkungen herabgesetzt (Art.923). Der Grund für diese Regelung liegt in der freien Widerruflichkeit des Testaments und der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit der Schenkungen. Wer widerruflich bedacht ist, muß damit rechnen, die Aussicht auf die Zuwendung durch eine spätere Verfügung zu verlieren. Andererseits soll mit den testamentarischen Verfügungen nicht die Unwiderruflichkeit der Schenkungen umgangen werden. Bei den Schenkungen gilt das Prinzip der Priorität: Wer als erster unwiderruflich bedacht ist, hat Vorrang

183) Dieser Ausdruck beruht auf der alten Wendung 'au marc et à la livre'. Marc und livre sind Gewichtsmaße. Da livre auch eine Münze sein kann, wurde es später mit franc verwechselt. Der Ausdruck bedeutet heute 'en proportion'.

vor späteren Schenkungsempfängern. In Anbetracht der Zwitterstellung der institution contractuelle hat man versucht, bei der Herabsetzung eine Lösung zu finden, die ihrem Charakter gerecht wird. Die institution contractuelle durch Ehevertrag ist grundsätzlich unwiderruflich. Es bestehen keine Bedenken, sie bei der Herabsetzung wie jede andere Schenkung unter Lebenden zu behandeln¹⁸⁴⁾. Anders liegt es bei der institution contractuelle während der Ehe. Die freie Widerruflichkeit einerseits und die Behandlung als Schenkung andererseits rechtfertigen eine Zwischenlösung. Die Zuwendungen durch institution contractuelle während der Ehe werden nach den Legaten, doch vor den anderen Schenkungen herabgesetzt¹⁸⁵⁾.

184) Paris 20.10.1926, D.H.1926.568

185) Aubry/Rau (-Esmein) XI § 744 Fn.22, § 685 bis Fn.12, Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.111, Véron 104; anderer Ansicht Colin/Capitant, Cours III Nr.1557, Ripert/Boulanger IV Nr.3823

§ 5

Erbvertragliche Regelungen mit handelsrechtlichem Bezug

I. Die sogenannte clause commerciale

Bis zur Reform des Ehegüterrechts im Jahre 1965 gehörte die Lösung folgenden Falles zu den Zankäpfeln der französischen Rechtsprechung und Lehre:

Im Ehevertrag vereinbaren die Ehegatten, daß das Handelsgeschäft des einen Ehegatten bei seinem Ableben dem anderen zufallen solle. Dem das Geschäft übernehmenden Ehegatten wird jedoch als Gegenleistung die Verpflichtung auferlegt, die übrigen Erben in Höhe des Geschäftswerts abzufinden.

Ohne die Abfindungsklausel hätten gegen diese Vereinbarung keine Bedenken bestanden; sie wäre eine institution contractuelle, da die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Die Abfindungsklausel macht sie zu einem entgeltlichen Geschäft. Dies war für die Rechtsprechung¹⁸⁶⁾ Grund genug, die Vereinbarung als verbotenen Erbvertrag zu qualifizieren, sie mithin für nichtig zu erklären. Das Ergebnis mußte befremden: Die Klau-

186) Cass.civ.11.1.1933, D.1933.1.10

sel, die die Interessen der Erben berücksichtigte, war nichtig; die Klausel, die sie übergang, dagegen gültig. Einem Laien mit gesundem Menschenverstand konnte man, wie Nast¹⁸⁷⁾ schreibt, nur schwer die Richtigkeit dieses Ergebnisses erklären; die Klausel ist nämlich oft die einzige Möglichkeit, nach dem Ableben des Geschäftsinhabers das Handelsgeschäft auf wirtschaftlich gesunder Basis fortzuführen. Es wurde daher auch von der Lehre fast einheitlich¹⁸⁸⁾ abgelehnt. Trotz der Kritik ließ sich die Rechtsprechung nicht von ihrer Haltung abbringen¹⁸⁹⁾.

Zwar hat die Reform von 1965 in Art.1390 ausdrücklich vorgesehen, daß durch Ehevertrag die Übernahme des Handelsgeschäfts durch den Überlebenden Ehegatten unter Abfindung der übrigen Erben vereinbart werden kann. Dennoch beansprucht die Kontroverse nicht nur historisches Interesse. Sie zeigt nämlich besonders deutlich den Formalismus der Rechtsprechung, die zur Durchsetzung des Grundsatzes des Art.1130 Abs. 2 keine Rücksicht darauf nimmt, ob

187) D.H.1929 Chron.38

188) Julliot de la Morandière D.1947 Chron.1-4, Nast aaO (Fn.187), Colin/Capitant, Traité II Nr.708, Planiol/Ripert (-Boulanger) VIII Nr.33

189) Paris 22.7.1950, D.1950.722 mit Anm. Lalou hielt die Klausel noch für nichtig

das Ergebnis sinnvoll ist¹⁹⁰⁾. Die Änderung des Code civil ist nur die Konsequenz aus der Erkenntnis des Gesetzgebers, daß der Standpunkt der Rechtsprechung nicht zu halten war. Ob die Rechtsprechung aus der Haltung des Gesetzgebers für andere Fälle des Art.1130 Abs.2 Folgerungen zieht, erscheint allerdings zweifelhaft.

II. Fortsetzungsklauseln in Gesellschaftsverträgen¹⁹¹⁾

In einem Fall, der wirtschaftlich ähnlich liegt wie die clause commerciale, verhielt sich die Rechtsprechung der Cour de Cassation dagegen konzilianter. Anlaß hierzu gab die alte Fassung des Art.1868¹⁹²⁾. Nach dieser Bestimmung wurde eine Personalgesellschaft auch beim Tode eines Gesellschafters mit den oder ohne die Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgeführt, wenn der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Klausel enthielt. Im letzteren Fall hatte der Erbe einen Abfindungsanspruch in Höhe des Gesellschaftsanteils des Erblassers gegen die übrigen Gesellschafter.

190) Diese Rechtsprechung veranlaßt Planiol/Ripert (-Boulanger) VIII zu der ironischen Bemerkung: "... une jurisprudence rigoriste qui incite à découvrir un peu partout des pactes sur succession future." Vgl. außerdem Boulanger Nr.17

191) Zur Problematik dieser Klauseln im französischen Recht eingehend Behrens, OHG und erbrechtliche Nachfolge

192) Geändert durch Gesetz Nr.66-538 v.24.7.1966

Nicht erfaßt vom Wortlaut des Art.1868 wurde eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, nach der die Gesellschaftsterstellung im Falle des Todes eines Gesellschafters zwar von seinem Erben übernommen werden sollte, aber nur dann, wenn die Erben die Ehefrau oder die Kinder, nicht aber die Aszendenten oder Seitenverwandten sind. Die Rechtsprechung der Cour de Cassation¹⁹³⁾ hat diese unterschiedliche Behandlung der Erben nach anfänglichem Widerstand¹⁹⁴⁾ gebilligt. Sie qualifizierte eine derartige Klausel zwar als pacte sur succession future, ließ sie aber zu, weil sie durch Art.1868 gedeckt sei¹⁹⁵⁾.

Abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft erscheint, ob es sich bei dieser Klausel um eine erbrechtliche Verein-

193) Cass.chambres réunies 28.4.1961, D.1961.697; ebenso anschließend Lyon 21.5.1963, Gaz.Pal.1963.II.395

194) Noch die Chambre civile, section commerciale, zu der die in Fn.193 zitierte Sache gelangt war, sah die Klausel als zulässig an (D.1956.281 Anm. Esmein). Erst als die Cour d'Appel de Rouen, an die die Sache zurückverwiesen wurde, sich nicht beugen wollte, wurden die Chambres réunies befaßt, die die Klausel aufrechterhielten.

195) "... qu'une telle stipulation, bien qu'attribuant aux associés survivants un droit éventuel sur une partie d'une succession non ouverte, est, par exception, autorisée par l'art.1868 et par suite ne tombe pas sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future édictée par l'art.1130."

barung handelt¹⁹⁶⁾, charakterisiert diese Rechtsprechung deutlich die Unsicherheit der Cour de Cassation zum Verbot des Art.1130 Abs.2. Während das Gericht sonst bei Erbverträgen, die erwünschte familienrechtliche Regelungen enthalten, die Ausnahmen des Code civil in höchstem Maße restriktiv auslegt, zeigt sie sich bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen sehr großzügig, indem es Art.1868, obwohl als Ausnahme zu Art.1130 deklariert¹⁹⁷⁾, extensiv auslegt¹⁹⁸⁾.

Dieser weiten Auslegung hätte es indes gar nicht bedurft. Denn die Auffassung, Art.1868 sei eine Ausnahme zu Art.

196) Hier zeigt sich besonders deutlich, daß Erbvertrag im deutschen Sinne und pacte sur succession future nicht gleichgesetzt werden dürfen. Wie oben § 1 I 2 bereits dargelegt, genügt es für die Annahme eines pacte sur succession future, daß der Vertrag "en considération d'une succession" erfolgt, was für die Regelung des Art.1868 zutrifft. So erklärt sich auch, daß das deutsche Recht diese Klausel (vgl. § 139 HGB) als gesellschaftsrechtliche Vereinbarung ansieht, da nicht der Berufsgrund zum Erben geregelt wird, sondern die Art der Fortsetzung der Gesellschaft. Das Vorhandensein der Erben wird also unterstellt (vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft 19). Daß im französischen Recht zwischen erb- und gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten nicht scharf getrennt wird, beweist die neue Fassung des Art.1868. Die testamentarische Bestimmung des Erblassers wird in ihrer Wirkung Teil des Gesellschaftsvertrages

197) Diese Auffassung geht auf Capitant Anm. zu Paris 17.12.1935, D.P.1936.1.89

198) Vgl. Boulanger Nr.56, der darauf hinweist, daß die Cour de Cassation den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 1868, aus dem sich die Zulässigkeit ergeben soll, offensichtlich den sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht dem Code civil entnimmt. "... Ce libéralisme dans l'application de l'art.1868 fait un curieux contraste avec la rigueur qui caractérise tant d'autres décisions."

1130, mithin ein pacte sur succession future licite, entsprach keineswegs der ursprünglichen Vorstellung der Schöpfer des Code civil. Diese Einordnung ist dem "pouvoir déformant de la jurisprudence" zu verdanken¹⁹⁹⁾. Wie Ripert²⁰⁰⁾ nachgewiesen hat, will Art.1868 nur verhindern, daß die Gesellschaft durch den Tod des Gesellschafters gemäß Art.1865 aufgelöst wird. Eine erbrechtliche Regelung der Frage, wer zur Erbfolge berufen sei, könne daraus nicht hergeleitet werden²⁰¹⁾. Letztlich ist die Begründung ohne Bedeutung, da sich die Rechtsprechung von praktischen Überlegungen leiten ließ²⁰²⁾: Die Klausel war Bestandteil fast aller Gesellschaftsverträge²⁰³⁾.

Im Gegensatz zur clause commerciale, bei der der Gesetzgeber einer als nicht haltbar erkannten Rechtsprechung abhelfen mußte, stellt sich Art.1868 n.F. als Bestätigung des Urteils der Chambres réunies dar. Besonders diese beiden Artikel zeigen, daß das Verbot der pactes sur succession future nicht nur durch die institution contractuelle, sondern auch durch moderne Bestimmungen durchbrochen wird.

199) Boulanger Nr.41

200) Rev.gén.dr.com. 1 /1938/ 8-18, ders. in Répertoire de droit civil v° société civile Nr.212, ebenso Boulanger Nr.56

201) Dies entspricht auch dem deutschen Verständnis des § 139 HGB (vgl. Fn.196)

202) Was sie allerdings bei der clause commerciale nicht getan hat

203) Boulanger Nr.56

§ 6

Kritische und rechtspolitische Würdigung der französischen Erbvertragsregelung

I. Das französische System

Überschaut man das französische Erbvertragsrecht, so bietet sich das Bild eines nach formalen Prinzipien durch die Rechtsprechung ausgelegten Verbotsprinzips, das durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen wird. Zu der ursprünglich einzigen Ausnahme der institution contractuelle sind einige andere getreten, die entweder expressis verbis eine Abweichung von Art.1130 darstellen (Artt.1390, 1868)²⁰⁴⁾ oder mittelbar zu einer stärkeren vertraglichen Bindung führen, wie die neu geschaffene Möglichkeit, in einer einzigen Urkunde eine gegenseitige Schenkung durch Ehegatten vorzunehmen.

Die kritische Würdigung der französischen Regelung darf nicht bei dogmatisch-systematischen Überlegungen ansetzen. Es ist zwar unglücklich, wenn die Rechtsprechung Art.1130 einerseits zum Dogma proklamiert, andererseits aber entweder selbst durch die wirtschaftlichen Gegebenheiten gezwungen,

204) Soweit man der in § 5 II dargelegten Auffassung der Rechtsprechung folgt

Ausnahmen zuläßt (Art.1868 a.F.) oder, soweit sie sich durch das Verbot des Art.1130 gehemmt sieht, durch den Gesetzgeber angewiesen wird, bestimmte Verträge (Art.1390) für zulässig zu erklären. Die Überlegung liegt daher nahe, ob es nicht sinnvoller wäre, das durch zahlreiche Ausnahmen ergänzte Verbotsprinzip durch eine generelle Erlaubnis der Erbverträge zu ersetzen, die durch französischer Tradition entsprechende Vorbehalte einzuschränken wäre²⁰⁵⁾.

II. Berechtigung des Verbots gegen Erbverträge

Die Verbesserung eines verunglückten Systems²⁰⁶⁾ kann jedoch nur die Voraussetzung für die sachgerechtere Anwendung

-
- 205) Der im Text vertretenen Ansicht steht allerdings Hébraud³⁴⁹ reserviert gegenüber. Er geht von folgendem aus: "Un principe général de nullité, et une série d'exceptions.".... "Il répond certainement, d'une façon approximativement satisfaisante, à une partie des besoins du commerce juridique." Er räumt dann allerdings ein, daß die Regelung doch zwei Nachteile aufweise; einerseits sei das Verbot zu umfassend, andererseits sei eine Erweiterung der Ausnahmen nicht opportun, da dadurch viele pactes sur succession future zulässig würden, eine - bereits teilweise anklingende - Gefahr, die in höchstem Maße erbrechtliche Grundsätze beeinträchtigte. Dieser Gedanke kehrt auf S.350 wieder, wo er die Freiheit der Beteiligten und die "bases fondamentales du règlement successoral" gegenüberstellt. Ob durch eine grundsätzliche Erlaubnis wirklich so große Gefahren - die Hébraud im übrigen nicht näher bezeichnet - heraufbeschworen werden, erscheint zweifelhaft. Sie könnten durch legislatives Geschick bei der Gestaltung der Einzelheiten vermieden werden.
- 206) Daß ein schlechtes System nichts über die praktische Brauchbarkeit aussagt, beweist das V.Buch des BGB (vgl. Staudinger (-Boehmer) Einl. § 28 Randnr.8 ff. vor § 1922)

eines für richtig erkannten Prinzips sein. Jede rechtspolitische Prüfung muß daher zuerst untersuchen, ob die der Rechtsnorm zugrunde liegenden Grundsätze (noch) gültig sind. Dies bedeutet, auf das Erbrecht projiziert, die Frage, ob das aus dem Jahre 1804 stammende Verbot der Erbverträge den wirtschaftlichen, sozialen und ethischen Erfordernissen der heutigen Zeit gerecht wird²⁰⁷⁾. Hier setzt in der Tat die Kritik des modernen französischen Schrifttums ein²⁰⁸⁾.

1. Votum mortis

Vor allem der Gesichtspunkt des votum mortis hat heute jede Berechtigung verloren²⁰⁹⁾. Ihn bei Verträgen über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (vgl. § 312 BGB) heranzuziehen, mag noch diskutabel erscheinen. Bei Erbinsetzungsverträgen kann man dagegen nicht davon spre-

207) Les Nouvelles, Théorie générale des obligations Nr. 1045 bis

208) Es ist bemerkenswert, daß alle Gesichtspunkte, die in Frankreich gegen die Zulassung der Erbverträge vorgebracht werden, auch bei der Beratung des Erbvertragsrechts des BGB von einer Minderheit angeführt wurden. Andererseits entsprechen die Argumente derjenigen in Frankreich, die eine Lockerung des Erbvertragsverbots befürworten, den Gesichtspunkten, die schließlich zur Aufnahme der Erbverträge in das BGB führten (Mugdan, Materialien zum BGB V 163 ff. und 729 ff.)

209) Hébraud 346, Planiol/Ripert (-Boulanger) IV Nr.19 bis, Les Nouvelles, Théorie générale des obligations Nr. 1045 bis, Boulanger Nr.17

chen, daß der Vertragserbe nur noch mit dem Gedanken spiele, den Erbfall durch Begehung eines Verbrechens herbeizuführen. Wäre dies richtig, müßte jeder Vertrag, der bei Ableben eines Vertragsteils dem anderen einen Vermögensvorteil bringt, unsittlich und daher nichtig sein. Daß dem nicht so ist, beweisen die Lebensversicherungsverträge, deren Wirksamkeit heute niemand mehr bezweifelt²¹⁰⁾. Ebensowenig ist der Nießbrauch deshalb unzulässig, weil der Eigentümer beim Tode des Nießbrauchers wieder das Vollen Eigentum erhält und daher ein Interesse am Tode des Nießbrauchers haben könnte. Das *votum mortis* wird denn auch nie von der Rechtsprechung bemüht, wie überhaupt in den Urteilen moralische Überlegungen nie anklingen. Das *votum mortis captandae* ist daher in der Diskussion um die Erbverträge kein Argument mehr.

2. Beseitigung aristokratischer Privilegien

Das Ziel der Verfasser des Code civil, die Privilegien des Adels und seine durch Erbverträge gestützte Familienpolitik zu beseitigen, hat sich heute überlebt. Im Gegenteil: Die Vielzahl und Vielfalt der Fälle, mit denen sich die französischen Gerichte zu befassen haben, zei-

210) Mazeaud III Nr.1600

gen, daß ein Bedürfnis besteht, die Erbfolge bindend, also vertraglich zu regeln. Diesen Fällen fehlt jeder politische oder ständische Gehalt.

3. Alternative: Testament - Schenkung unter Lebenden

Der Typenzwang "testaments - donations entre vifs" (Art.893) muß zu Konflikten führen, wenn die Vorteile beider Rechtsgeschäfte miteinander kombiniert werden sollen. Solange man die Testierfreiheit als das grundlegende Prinzip postuliert, muß man den Erbverträgen feindlich gegenüberstehen. Als Ausweg bleibt dann nur das Rechtsgeschäft unter Lebenden, das den Erblasser nicht nur bindet, sondern auch zwingt, sich seines Vermögens zu entäußern²¹¹). Einen dritten Weg gibt es nicht. Die im Vergleich zum deutschen Recht große Bedeutung der libéralités entre vifs dürfte mit einem Grund darin finden, daß testamentarische Zuwendungen für die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs keinen ausreichenden Geschäftstyp darstellen.

4. Testierfreiheit

Es stellt sich somit die Frage, ob die Testierfreiheit im französischen Recht wirklich ein Dogma ist. Zweifel

211) Für das deutsche Recht Staudinger (-Lehmann) Randnr. 10 zu § 1941

an dieser Feststellung läßt bereits die gewichtige Ausnahme der institution contractuelle aufkommen, die grundsätzlich unwiderruflich ist. Dann muß aber auch die Untersuchung zulässig sein, ob nicht neben der institution contractuelle Fälle denkbar sind, in denen die Freiheit des Erblassers, seine letztwillige Verfügung zu widerrufen, nicht mit Interessen konkurriert, die ebenso schutzwürdig sind. Hier ist insbesondere an den Fall zu denken, daß der Erbe durch Vertrag eingesetzt wird, weil er eine Gegenleistung erbringt. So wird sich ein junger Landwirt schwerlich bereit finden, bei der Bewirtschaftung des väterlichen Hofes mitzuwirken, wenn er sich nicht darauf verlassen kann, daß ihm seine Aufwendungen an Kraft und Geld nach dem Ableben des Hofinhabers zugute kommen. Das Gebot der Testierfreiheit muß gegenüber dem Sicherheitsbedürfnis zurücktreten.

Die vom Code civil zur Verfügung gestellten Möglichkeiten werden dieser Interessenlage nicht gerecht. Die Feststellung von Sortais²¹²⁾, daß sich ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck (émolument) nur durch bestimmte Rechtsinstitute (titre) verwirklichen lasse, daß also, wer die

212) Sortais, Le titre et l'émolument 100, er untersucht die Frage des Erbvertrages im Rahmen der juristischen Methodenlehre

Berufung zum Erben nicht dem Gesetz überlassen wolle, nur das Testament wählen könne, gibt nur den unbefriedigenden Zustand wieder; rechtspolitisch ist damit nichts gewonnen.

Insbesondere das Institut, das für die Nachfolge in Höfe gedacht war²¹³⁾, nämlich die 'donation-partage'²¹⁴⁾, berücksichtigt nicht das Interesse des Erblassers. Er muß befürchten, daß die als Gegenleistung vereinbarte Rente von dem Abkömmling nicht bezahlt wird. Schon Loyse²¹⁵⁾ erkannte das Dilemma: "Qui le sien donne avant mourir, bientost s'appreste à moult souffrir." Bleibt nur die Möglichkeit, dem Erblasser ein Nießbrauchsrecht einzuräumen, womit dem Abkömmling nicht gedient ist. Da er nur die "nue-propriété" erhält, bekommt er den Hof erst nach dem Erbfall zur Bewirtschaftung. Deshalb befürwortet Bévin²¹⁶⁾ de lege ferenda eine Erweiterung der institution contractuelle auf diesen Fall, also eine Erweiterung der Erbverträge. Nach Bévin soll die institution contractuelle nicht auf Eheverträge beschränkt sein.

Letztlich ist die Frage, ob und in welchem Maße der Erb-

213) Mazeaud IV 2 Nr.1806

214) Die donation-partage ist eine Unterart der partage d'ascendant. Sie kann als Teilungsanordnung gekennzeichnet werden, die durch Schenkung unter Lebenden vollzogen wird: Der Erblasser überträgt schenkungsweise den Gegenstand mit der Maßgabe, daß der Gegenstand bei dem Erbfall dem Beschenkten zukommen soll.

215) Institutes coutumières Nr.668

216) 211 ff., unter Hinweis auf das deutsche Recht

lasser bis zu seinem Tode soll testieren können, ein Problem der Wertung, das der Gesetzgeber entscheiden muß. Die stark individualistische Konzeption des Code civil²¹⁷⁾ mußte darauf abzielen, den Erblasser durch Gesetz vor bindenden Verfügungen von Todes wegen, also vor seinen eigenen Entschlüssen zu schützen, weil er nach einem Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse den Erbvertrag später bereuen könnte²¹⁸⁾. Er soll nicht der Gefangene seiner eigenen Willenserklärung sein²¹⁹⁾. Die starke Bindung des Erblassers kann in der Tat eine Gefahr darstellen²²⁰⁾. Sieht man aber von den kritischen Fällen der erbvertraglichen Bindung ab und stellt man die Interessen der Familie in den Vordergrund, was durch die institution contractuelle²²¹⁾ und die neue Gesetzgebung bestätigt wird, so wird die Testierfreiheit als absolutes Prinzip fragwürdig. Die Einschränkung der absoluten Testierfreiheit zum Schutz sozial erwünschter Vereinbarungen ist aber nicht nur eine de lege ferenda zu ver-

217) Mazeaud IV 2 Nr.692

218) Colin/Capitant, Traité II Nr.707, Hébraud 350, Mazeaud IV 2 Nr.687

219) Boulanger Nr.16

220) Bartholomeyczik, 5.Denkschrift 120, möchte diesem Mangel des deutschen Rechts de lege ferenda durch eine außerordentliche Befugnis des Nachlaßgerichts abhelfen, den Erblasser wegen außergewöhnlicher Umstände von der Vertragsbindung zu befreien

221) Donnier 638

wirklichendes Anliegen. Der Gesetzgeber hat selbst die neue Tendenz durch das Gesetz Nr.63-1092 vom 6.11.1963 bestätigt, das Art.1097 aufgehoben hat. Durch die alte Vorschrift sollte verhindert werden, daß sich Ehegatten durch Schenkung in einer Urkunde gegenseitig bedachten²²²⁾. Sie sollte die in Art.1096 statuierte freie Widerruflichkeit von Schenkungen, die sich Ehegatten während der Ehe machten, garantieren²²³⁾. Da aber gerade die freie Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen als wesentlicher Grund für das Verbot der Erbverträge angesehen wird, muß die Aufhebung einer Bestimmung, die nach der Intention des Gesetzgebers die Widerruflichkeit wenn nicht rechtlich, so doch praktisch sichern sollte, sich auch zugunsten einer weniger kategorischen Auslegung des Art.1130 Abs.2 auswirken²²⁴⁾.

Neuerdings zeichnet sich eine Tendenz ab, auch das Verbot der gemeinschaftlichen Testamente abzuschaffen. Diese Forderung hat der 68.französische Notarkongreß unter Hin-

222) Entsprechend das Verbot der gemeinschaftlichen Testamente in Art.968

223) Voirin Sem.jur.1963 I 1809 sieht in der Aufhebung des Art.1097 ein Zeichen dafür, daß die freie Widerruflichkeit de lege ferenda nicht beizubehalten ist

224) François Boulanger 117

weis auf die deutsche Regelung erhoben²²⁵⁾.

Ob die gesetzlichen Änderungen und neuen Bestrebungen, die auch im Lichte des Art.1390 n.F. zu sehen sind, zu einer grundsätzlichen Änderung der Haltung der Cour de Cassation oder des Gesetzgebers führen, läßt sich heute noch nicht übersehen.

225) Rép.not.defr. 91 /1971/ Art.29865 (S.562), Le Monde 11.6.1971; in den Niederlanden ist für Boek 4 NBW geplant, das Verbot der gemeinschaftlichen Testamente aufzuheben. Allerdings soll dadurch nach der Auffassung des Schrifttums das Verbot der Erbverträge nicht gefährdet sein (so van der Burg WPNR Nr.5106 /1970/). Man müsse aber nunmehr gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag stärker trennen.

§ 7

Möglichkeiten der Rechtsangleichung im deutsch-französischen Verhältnis

Auch für das Erbrecht trifft die Bemerkung zu, die Neuhaus²²⁶⁾ für das Familienrecht gemacht hat: Es ist für die internationale Vereinheitlichung ungeeignet, da es tief in Traditionen und moralischen Wertungen verwurzelt ist. Es soll daher lediglich untersucht werden, ob sich nicht "lockere Formen der Übereinstimmung oder der Annäherung"²²⁷⁾ finden lassen. Eine solche Untersuchung ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch interessant, da vertragliche Erbregelungen in Zukunft an Bedeutung gewinnen werden²²⁸⁾.

Mazeaud²²⁹⁾ stellt in seinem Lehrbuch fest:

Au contraire, les droits allemand, autrichien, suisse et scandinave admettent les pactes successoraux (Erbvertrag). Mais, en Allemagne au moins, ils ne paraissent usités que dans les contrats de mariage. La pratique allemande se rapproche ainsi des solutions du droit français qui admet, à certaines conditions, les

226) In Festschrift für Dölle II 420

227) Neuhaus aaO

228) Ferid, RabelsZ 24 [1959] 182

229) IV 2 Nr.692

donations de biens à venir ou institutions contractuelles dans les conventions matrimoniales. Cette constatation explique que les codes modernes d'inspiration française n'aient pas cru opportun de modifier la règle de l'article 1130 al.2, C.civ.

In dieser Allgemeinheit ist die Bemerkung Mazeauds nicht ganz zutreffend. Immerhin enthält sie einen wahren Kern. Auch in der deutschen Praxis beschränken sich Erbverträge auf einen bestimmten Personenkreis²³⁰⁾, wenn auch nicht allein auf Ehegatten. Dem wurde auch durch die Sonderregelungen der §§ 2274, 2275, 2280 BGB Rechnung getragen.

Wenn man den Punkt einer lockeren Übereinstimmung sucht, kann man daher bei einem Vergleich der juristischen Möglichkeiten des französischen Rechts und der Praxis des deutschen Rechts einsetzen. Hier bestehen zwar noch beträchtliche Divergenzen. Es hat jedoch den Anschein, daß die allgemeine Tendenz zu einer Lockerung des Verbots der pactes sur succession future geht²³¹⁾. In Frankreich gilt dies, soweit Fragen der Erbeinsetzung in der erwünschten Form nur durch Vertrag geregelt werden können²³²⁾. In

230) Davon ging man auch bei der Beratung des BGB aus, Mugdan, Materialien zum BGB V 164 und 731

231) Vgl. oben § 6 II 4

232) Vgl. Fn.216

Deutschland greift die Bewegung bereits auf den Grundsatz des § 312 BGB über²³³⁾, dessen rechtspolitische Berechtigung in Frankreich zumindest bisher nie bestritten worden ist.

Es ist zwar unwahrscheinlich, daß das französische Recht das Erbvertragsverbot völlig aufgibt. Nach dem derzeitigen Stand der Beratungen ist eine Änderung der Rechtslage auch nicht von dem Reformentwurf eines Code civil zu erwarten. Die Grundregel des Art.1130 Abs.2 wurde in Art.65 des Avant-projet übernommen, allerdings mit dem Hinweis, daß über die Zweckmäßigkeit des Verbots die Unterkommision für Erbrecht entscheiden müsse, da die Vorschrift ihrem Wesen nach in den Erbrechtsteil gehöre²³⁴⁾.

Die Unterkommision für Erbrecht hat das Erbvertragsverbot implicite in Art.902 übernommen, der lautet²³⁵⁾:

Sauf effet des dispositions relatives à la réserve héréditaire, toute personne ayant la capacité requise peut, par une déclaration de volonté, unilatérale et essentiellement révocable, contenue en la forme d'un testament, régler, autrement que ne le fait la loi, la transmission à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

233) Wiedemann, NJW 1968, 770, der eine entgegenkommende Behandlung der unter § 312 BGB fallenden Verträge fordert, da "seine Wertbasis brüchig geworden sei."

234) Travaux de la Commission de réforme du Code civil 1946/47, 194

235) Avant-projet II 155

Die institution contractuelle wurde in der bisherigen Form beibehalten; nur die sprachliche Klarheit wurde durch bessere Formulierungen gehoben (Artt.1031 ff. des Avant-projet). In der Begründung wird ausdrücklich festgestellt²³⁶⁾:

L'article 1031 donne la définition de l'institution contractuelle, contrat à titre gratuit portant sur tout ou partie de la succession. Dérogatoire à la prohibition des pactes sur succession future, sa validité est limitée à un domaine étroit; comme actuellement, elle n'est permise que par contrat de mariage ou entre époux.

Den Bedenken des Schrifttums wurde daher auch im Avant-projet nicht Rechnung getragen. Das letzte Wort ist aber auch in den Beratungen noch nicht gesprochen. Die Einführung von weiteren Ausnahmen zu Art.1130 Abs.2 würde zwar die Gefahr einer systematisch unschönen, weil kasuistischen, Regelung herbeiführen²³⁷⁾, sie würde aber eine zumindest faktische Annäherung auf dem Gebiet des Erbvertragsrechts ermöglichen.

236) Avant-projet II 109

237) Bartholomeyczik, 5.Denkschrift 106 weist auf die notwendige Unvollständigkeit einer Aufzählung von Einzelfällen (Erbverträge zwischen Ehegatten, Verpfändungsverträge) hin und empfiehlt die Beibehaltung der Erbverträge; es bleibe der Rechtsprechung überlassen, Mißbräuche zu verhüten

Zweiter Teil

Erbverträge im französischen und deutschen Kollisionsrecht

§ 8

Problematik

I. Tatsächliche Bedeutung internationaler Erbverträge

Ein Vergleich zwischen dem französischen und dem deutschen Recht der Erbverträge läßt sogleich die Problematik erkennen, die sich bei Erbverträgen mit Auslandsberührung ergibt: In Frankreich beschränkte Zulassung der Erbverträge, in Deutschland keine Beschränkung. Der französische Richter sieht sich daher vor die Frage gestellt, wie der deutsche Erbeinsetzungsvertrag zu behandeln ist. Sein deutscher Kollege wird sich fragen müssen, ob er den zwischen einem Franzosen und seiner deutschen Nichte abgeschlossenen Erbvertrag als wirksam erachtet oder ob er eine zwischen Ehegatten erfolgte institution contractuelle als Erbvertrag im deutschen Sinne qualifizieren darf.

Die internationalen Erbverträge spielen in der Praxis eine

große Rolle, die sich allerdings in der spärlichen - veröffentlichten - Rechtsprechung nicht niederschlägt. Die Notare und Gerichte werden meist mit Erbverträgen befaßt, die zu einem Land eine Beziehung aufweisen, das gegenüber Erbverträgen unduldsamer als die lex fori ist. So hatten französische Gerichte immer wieder darüber zu befinden, ob die institution contractuelle eines Italieners als wirksam betrachtet werden kann, obwohl das italienische Recht jede Art von Erbverträgen, auch unter Ehegatten, verbietet. Deutsche Notare sehen sich oft der Frage gegenüber, ob sie eine vertragliche Erbeinsetzung durch einen Ausländer, insbesondere Österreicher und Italiener beurkunden dürfen²³⁸⁾.

Es handelt sich daher bei den Erbverträgen nicht um ein spezifisch deutsch-französisches Problem. Dieselben Fragen tauchen auch im Verhältnis zu anderen Ländern der Europäischen Gemeinschaft auf. In Belgien und Luxemburg ist die Rechtslage mit der französischen fast identisch. Italien verbietet Erbverträge völlig, während die Niederlande sie nur im Ehevertrag zulassen. Die kollisionsrechtlichen Ausführungen gelten somit mutatis mutandis auch für das Verhältnis zu anderen EWG-Staaten.

238) Ferid, Statutenwechsel 138; Firsching, DNotZ 1954, 229

Die angedeuteten Konfliktslagen sind das Spiegelbild der Bedeutung, die die jeweiligen Rechtsinstitute im Lande der *lex fori* aufweisen. Die große Beliebtheit der institution *contractuelle* in Frankreich²³⁹⁾ bringt die in Frankreich wohnhaften Ausländer zwangsläufig in Konflikt zu ihrem Heimatrecht, soweit es kollisionsrechtlich eine Rolle spielt. Dasselbe gilt für die Erbverträge in Deutschland²⁴⁰⁾, insbesondere im Verhältnis zu Österreich, den Niederlanden und Italien. Da Erbverträge meist nur zwischen Personen geschlossen werden, die durch Familienbeziehungen miteinander verbunden sind, spiegeln die statistisch häufigen Kollisionsfälle im Erbvertragsrecht oft die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen französischen und italienischen bzw. deutschen und österreichischen Staatsangehörigen wider.

II. Die kollisionsrechtlichen Schwierigkeiten der Praxis

Am Beispiel der Erbverträge bewahrheitet sich, daß die Kollisionsnormen Spiegelbild des Sachrechts sind²⁴¹⁾. Unklarheit und Streit im Sachrecht führen, da die Sachverhalte durch die

239) Droz, Journ.Not. 196 [1965] Art.47445 (S.253)

240) Unrichtig der 58.französische Notarkongreß in Nizza, wo behauptet wurde (S.360), daß Erbverträge in der deutschen Praxis wenig gebräuchlich seien

241) Vgl.Zweigert, SJZ 1947, 247

Auslandsberührung kompliziert werden, im Kollisionsrecht nur noch zu größerer Unsicherheit. Es zeigt sich, daß die Richtigkeit einer Konstruktion des internen Rechts ihre Bewährungsprobe im Kollisionsrecht findet.

Dies wird besonders im französischen Kollisionsrecht deutlich. Während der deutsche Richter von einem fest umrissenen Begriff des Erbvertrages ausgehen kann, unter den er deutsche und ausländische Institute subsumieren muß, scheint der französischen Praxis die kollisionsrechtliche Bewältigung der Erbverträge gewisse Schwierigkeiten zu bereiten. Das ist vor allem darin begründet, daß ebenso wie im materiellen Recht auch im Kollisionsrecht ein einheitlicher Ausgangspunkt fehlt.

Zwei Typen von Erbverträgen beschäftigen die französische Praxis:

(1) Der 'ausländische' Erbvertrag, der möglicherweise unter das Verbot der pactes sur succession future fällt. Ausländer oder Franzosen schließen einen Erbvertrag, der sich an den Normen des ausländischen Rechts orientiert. Dieser Erbvertrag entfaltet Wirkungen in Frankreich, sei es bei der Anwendung fremden Rechts oder bei der Subsumtion des Erbvertrags unter das eigene Sachrecht.

(2) Der von Ausländern in Frankreich gemäß französischem Recht abgeschlossene Erbvertrag. Ausländer vereinbaren eine institution contractuelle, die dem üblichen Muster französischer Notare entspricht, indes nach dem Heimatrecht der Vertragspartner verboten ist.

Im ersten Fall muß sich der französische Richter mit ihm fremden Rechtsinstituten auseinandersetzen, was zu einer gewissen Unsicherheit führt. Im zweiten Fall ergeben sich die Schwierigkeiten aus der Unklarheit des eigenen Sachrechts²⁴²).

III. Der Gang der Darstellung

Konflikte, die sich aus der unterschiedlichen Haltung des französischen und deutschen Rechts gegenüber Erbverträgen ergeben, werden für die nationalen Kollisionsrechte getrennt dargestellt. Wegen der starken Unterschiede scheint es nicht angezeigt, das französische und deutsche internationale Privatrecht integriert zu erörtern. Internationale Abkommen zum Kollisionsrecht

242) de la Marnierre 31 (Fn.311) stellt fest, daß sich die französische Rechtsprechung - bewußt oder unbewußt - zu sehr am zweiten Fall orientiert

der Erbverträge fehlen²⁴³⁾. Wie im ersten Teil werden pactes sur succession future und institution contractuelle getrennt erläutert, um aus den punktuellen Äußerungen von Rechtsprechung und Lehre Leitlinien für die Behandlung von internationalen Erbverträgen in Frankreich zu entwickeln. Für das deutsche Recht ist eine solche Aufspaltung nicht erforderlich, weil ein fester Ausgangspunkt bereits existiert.

243) Allerdings hatte die 3. Haager Konferenz für internationales Privatrecht (1900) die Frage diskutiert, ob man die geplante Konvention auf die institution contractuelle und die Erbverträge ausdehnen solle. Man ließ den Vorschlag jedoch wieder fallen, da man in der ungeklärten Materie zu große Schwierigkeiten sah (vgl. Actes 114 und Kahn II 194-196)

§ 9

Pactes sur succession future im französischen Kollisionsrecht

I. Die Rechtsprechung

1. Vorbemerkung

Die französische Rechtsprechung hatte sich, soweit dies aus den veröffentlichten Entscheidungen hervorgeht, nicht oft mit 'ausländischen' pactes sur succession future zu befassen. Die wenigen auf diesem Gebiet ergangenen Entscheidungen stammen zwar meist nur von erstinstanzlichen oder Berufungsgerichten; sie sind gleichwohl näher darzustellen, da sie das Schrifttum als Beleg für die kollisionsrechtliche Behandlung von Erbverträgen anführt.

2. Die Urteile

a) Tribunal civil de la Seine vom 5.7.1939²⁴⁴⁾

In dieser Entscheidung ging es um einen Vertrag, den deutsche Emigranten in New York geschlossen hatten. Sie stritten um eine aus dem Vertrag fließende Geldforderung. Anwendbar

244) Rev.crit.dr.int.pr.34 [1939] 450-456

war nach Ansicht des Gerichts das gemeinsame Heimatrecht, also deutsches Recht, da die Parteien eine Rechtswahl nicht getroffen hatten. Von den einzelnen Vertragsklauseln interessiert hier nur diejenige, die ... "vise le cas du décès de Georges Kurzinsky ... et qui ne pourrait en tous cas que constituer un pacte sur succession future, frappé de nullité absolue en France comme contraire à l'ordre public". Mehr ist der Entscheidung nicht zu entnehmen; auch die folgende Urteilsanmerkung²⁴⁵⁾ hilft nicht weiter: sie stellt lediglich fest, daß nur das französische Recht qualifizieren könne, was ein pacte sur succession future sei, und daß dieser Vertrag gegen den französischen ordre public verstoße.

b) Cour d'Appel de Colmar vom 19.2.1949²⁴⁶⁾

Zwei deutsche Ehegatten schließen am 21.11.1921 einen Erbvertrag deutschen Rechts, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen. Sie besitzen gemeinschaftlich ein Grundstück im Elsaß. Nach dem Tode des Mannes verlangt die

245) ohne Verfasser, Rev.crit.dr.int.pr.34 [1932] 456-459 (458)

246) Rev.crit.dr.int.pr.39 [1950] 52 mit Anm.Batiffol (55-57) = Rev.jur.d'Alsace et de Lorraine 1949, 309 mit Anm.Degand (313-314) und Anm.Notarkammer des Departement Bas-Rhin (315-316)

Witwe, im Grundbuch als Alleineigentümerin eingetragen zu werden. Der Grundbuchrichter begehrt daraufhin den Nachweis, daß die zwingenden erbrechtlichen Vorschriften beachtet sind. Pflichtteilsberechtigte hatten eine Herabsetzungsklage nicht erhoben.

Das Gericht gelangt auf Grund der Belegenheit des Grundstücks in Frankreich zur Maßgeblichkeit französischen Rechts. Es stellt fest, daß der Erbvertrag nicht das französische Pflichterbrecht berücksichtige, das Teil des französischen ordre public sei. Die Erbeinsetzung durch Erbvertrag sei im französischen Recht unbekannt; dieser sei mit den französischen Vorschriften über die réserve unvereinbar und daher nichtig.

c) Tribunal civil de Mulhouse vom 19.1.1950²⁴⁷⁾

Mehrere Geschwister - alle schweizerische Staatsangehörige - schließen vor einem schweizerischen Notar einen Erbvertrag schweizerischen Rechts²⁴⁸⁾, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen: Beim Tode eines von ihnen sollen die Überlebenden ihn zu gleichen Teilen beerben. Die

247) Rev.crit.dr.int.pr.40 /1951/ 133 mit Anm.Loussouarn (136-140) = Sem.jur.1952 II 6845 mit Anm.Delaume/Flattet; dieselben in: Journal des Tribunaux (Droit fédéral) 99 /1951/ 2-8

248) Vgl.Artt.512 ff.ZGB

Geschwister nehmen auf das Recht von Neuchâtel Bezug²⁴⁹⁾. Einer der Brüder stirbt. Zum Nachlaß gehört ein in Elsaß-Lothringen belegenes Grundstück. Fraglich war, ob dieser Erbvertrag auch hinsichtlich des französischen Grundstücks Wirkungen entfaltet.

Das Gericht setzt seine Begründung an Art.968 an, der die Unzulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente statuiert. Es stellt fest, daß das Verbot oder die Zulassung gemeinschaftlicher Testamente eine Formfrage sei. Nach der Regel "locus regit actum" seien die nach dem Errichtungsstatut zulässigen gemeinschaftlichen Testamente in Frankreich wirksam. Das Gericht setzt also Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament gleich.

d) Cour d'Appel de Colmar vom 14.11.1961²⁵⁰⁾

Deutsche, in New York domizilierte, Ehegatten schließen folgenden als agreement bezeichneten Vertrag: Beim Tode eines Ehegatten wird der Überlebende Alleineigentümer des Vermögens des Vorversterbenden, soweit nicht ihre jeweiligen Testamente etwas anderes bestimmen. Sie verpflichten

249) Eine professio iuris ist in der Schweiz möglich, vgl. Art. 22 NAG

250) Rev. crit. dr. int. pr. 52 [1963] 534 mit Anm. Caleb (538-542)

sich außerdem gegenseitig, ihre Testamente nicht zu widerrufen oder in irgendeiner Form zu ändern. Die Eheleute besitzen ein Grundstück in Straßburg.

Das Gericht sah das agreement als unwirksam an, weil es einen nach Art.1130 verbotenen pacte sur succession future darstelle; diese Vorschrift gehöre zum ordre public. Die Nichtigkeit sei allerdings eng zu fassen und strahle daher nicht notwendigerweise auf die Testamente aus.

e) Cour d'Appel de Paris vom 27.5.1964²⁵¹⁾, bestätigt durch Cour de Cassation (chambre civile) vom 31.1.1967²⁵²⁾

Eine Französin ist Inhaberin eines Wertpapierdepots bei einer Genfer Bank. Im Jahre 1955 überträgt sie durch ein Schreiben an die Bank ihrem Sohn aus erster Ehe das nackte Eigentum an den Wertpapieren, während sie und der zweite Ehemann den Nießbrauch, die Verwaltungs- und Verfügungsbe-
fugnis behalten. Nach dem Tode der Ehefrau sollte der Sohn Volleigentümer der Papiere werden. 1959 setzt sie durch eine privatschriftliche Urkunde, die sie und der Ehemann unterschreiben, den Ehemann an die Stelle des Sohnes. Nach dem Tode der Frau streiten Stiefvater und

251) Sem.jur.1965 II 13991 Anm.Voirin = Rev.crit.dr.int.
pr.54 /1965/ 540-544 Anm.Déprez (544-551)

252) Rev.crit.dr.int.pr.57 /1968/ 292-294

Sohn um die Wertpapiere. Der Sohn macht insbesondere geltend, die Urkunde aus dem Jahre 1959 sei unwirksam, da sie eine Schenkung von Todes wegen enthalte, die nach schweizerischem Recht der notariellen Form bedürfe.

Auch das Gericht sah in der Vereinbarung von 1959 eine Schenkung von Todes wegen. Gemäß Art.245 Abs.2 OR "steht eine Schenkung, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt ist, unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen". Die Schenkung bedurfte somit, da sie nicht als Testament angesehen werden konnte, der notariellen Form des Erbvertrages (Art.512 ZGB). Die Schenkung war daher wegen Formmangels nichtig.

Die Cour de Cassation schloß sich dieser Auffassung an und fügte ergänzend hinzu:

"que... pareille convention, qui, quel qu'en ait été le mobile, ne présente en soi rien d'illicite, avait pour effet ostensible, principal et direct de procurer un avantage gratuit pour R. en cas de prédécès de son épouse; que dès lors, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé qu'un tel 'pacte successoral', en l'absence de tout choix par les parties d'une loi autre que celle du lieu où il a été passé, devait remplir les conditions de forme requises par les dispositions ... du Code civil suisse..."

f) Cour d'Appel de Paris vom 10.1.1970²⁵³⁾

Eine französische Staatsangehörige (Erblasserin), die ihren Wohnsitz bis zu ihrem Tode in Paris hatte, hatte vor dem amerikanischen Generalkonsul in Paris am 18.3.1926 einen Trust mit der Pennsylvania Company for Insurance on Lives and Granting Annuities (trustee) vereinbart. Durch diesen Vertrag übertrug sie dem trustee amerikanische Wertpapiere und beauftragte ihn, die Erträge an sie und nach ihrem Tode an bestimmte in der Urkunde bezeichnete Mitglieder der Familie zu bezahlen. Die Erblasserin sollte den Trust jederzeit ganz oder zum Teil widerrufen sowie die Begünstigten ändern können. Sie benannte am 9.4.1934 durch einseitige Erklärung andere Begünstigte; die Erklärung ging dem trustee jedoch nicht zu, wie es der Trust vorsah. Am 13.6.1943 errichtete sie ein privatschriftliches Testament, in dem sie alle früheren Verfügungen widerrief und Familienmitglieder zu Erben einsetzte.

Das Gericht hatte zu entscheiden, ob sich das Schicksal der Wertpapiere nach den Bestimmungen des Trust, den die Erblasserin nicht wirksam widerrufen hatte, oder nach dem

253) Gaz.Pal.1970.313 mit Anm.R.S.

Testament richten sollte. Die Testamentserben brachten nämlich vor, daß der Trust nach dem - ihrer Ansicht nach - anwendbaren französischen Recht unwirksam sei. Er sei nämlich

"une institution contraire aux dispositions impératives du droit français des biens comme du droit français des libéralités.... une institution qui se rattache à la dévolution successorale et, plus précisément, une disposition à cause de mort ayant pour objet essentiel la transmission au décès de la fondatrice, des biens constitués en trust."

Das Gericht sah in der Frage ein nach der lex fori zu lösendes Qualifikationsproblem. Der Trust stelle einen schuldrechtlichen synallagmatischen Vertrag dar, der dem gewählten Vertragsstatut, nicht aber dem Erbstatut unterstehe. Der Widerruf habe daher gemäß der im Trust vorgesehenen Form und nicht nach den französischen erbrechtlichen Vorschriften erfolgen müssen.

Die Testamentserben waren weiterhin der Ansicht, der Widerrufsvorbehalt im Trust verstoße gegen den französischen ordre public. Auch dem schloß sich das Gericht nicht an:

„La cour n'a pas, en l'espèce, à rechercher si les droits des bénéficiaires sont nés dans des conditions compatibles avec l'ordre public français mais seulement si ces droits, nés sous l'empire de la loi étrangère compétente, sont en eux-mêmes compatibles avec cet ordre public; qu'au surplus, les exigences de l'ordre public français en la matière ne sauraient être tenues pour impérieuses puisque notre droit admet la révocabilité de certaines libéralités...."

II. Analyse

1. Das französische internationale Erbrecht

Das französische Kollisionsrecht ist - abgesehen von wenigen Ausnahmen, wie die Regel des Art.3 - nicht normiert. Es ist Richterrecht²⁵⁴⁾. Es fehlen daher auch besondere Kollisionsregeln für erbrechtliche Rechtsgeschäfte.

Das französische internationale Erbrecht, so wie es Rechtsprechung und Literatur entwickelt haben, folgt dem Prinzip der Nachlaßspaltung. Die Erbfolge in Grundstücke richtet sich nach der *lex rei sitae*, die Erbfolge in das bewegliche Vermögen nach dem Recht des letzten Wohn-

254) Batiffol I Nr.20

sitzes des Erblassers²⁵⁵⁾. Dieser Grundsatz kann heute als unbestritten angesehen werden²⁵⁶⁾, wenn auch seine rechtspolitische Zweckmäßigkeit angegriffen wird²⁵⁷⁾. Dem so ermittelten Erbstatut unterliegt auch die Frage, ob und in welchem Umfang Vermögen durch eine Verfügung von Todes wegen übertragen werden kann²⁵⁸⁾.

Die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl ist im geltenden französischen internationalen Erbrecht nicht anerkannt. Die Reformpläne sehen allerdings eine *professio iuris* vor²⁵⁹⁾.

255) Der gemeinsame Ursprung der Regelung liegt darin, daß sich die Erbfolge nach dem Recht des Staates richtet, in dem die Nachlaßgegenstände belegen sind. Bei Mobilien wird fingiert, daß sie am Wohnsitz des Erblassers belegen sind (*mobilia sequuntur personam*)

256) Batiffol II Nr.636, Rigaux Nr.396; neuestens Cass.civ. 22.12.1970, Journ.Not.202 1971 Art.50097 Anm.Droz

257) Batiffol II Nr.641, Droz im 'Comité français de droit international privé', wiedergegeben in Rev.crit.dr. int.pr.59 1970 164

258) Batiffol II Nr.639, Aubry/Rau (-Ponsard) I § 31 Nr.148

259) Siehe das "Projet de loi complétant le Code civil en matière de droit international privé" (Clunet 98 1971 57) Artt.2307 und 2308, die lauten:

Art.2307: Les successions sont régies par la loi du domicile du défunt, à moins que celui-ci n'ait, par testament, expressément opté pour sa loi nationale.

Toutefois, les successions portant sur des immeubles ... sont régies par la loi de leur situation

.....
Art.2308: Le testateur peut se référer à une loi différente de celle qui est applicable en vertu de l'article précédent sous la réserve des règles impératives de la loi régissant la succession.

2. Die Ermittlung der Kollisionsnorm für den pacte sur succession future (Qualifikation)

Das Verbot der pactes sur succession future findet sich im Vertragsrecht; diese Verträge haben jedoch einen erbrechtlichen Gegenstand. Zu erwägen sind daher die Kollisionsnormen, die für den Vertrag oder für das Erbrecht und damit für die Verfügung von Todes wegen gelten. Unter welche Kollisionsnorm der pacte sur succession future zu subsumieren ist, ist daher eine Frage der Qualifikation, die in Frankreich stets lege fori erfolgt²⁶⁰⁾. Die Qualifikationsfrage wird unter drei Gesichtspunkten untersucht: Vertragsstatut, Erbstatut, Form.

a) Vertragsstatut

aa) Grundsatz

Das französische Sachrecht ordnet das Verbot der Erbverträge in das Vertragsrecht ein. Es liegt daher auf der Ebene des IPR nahe, das maßgebliche Recht nach dem für den Vertrag anwendbaren Recht zu bestimmen. Soweit der Erbvertrag im Ehevertrag enthalten ist, drängt sich die Anlehnung an das Vertragsrecht auf, da auch der Ehevertrag in das Vertragsrecht eingebettet ist.

260) Batiffol I Nr.292 ff.

Bei einem Vertrag wird das anwendbare Recht zunächst aus der Parteivereinbarung ermittelt²⁶¹⁾. Fehlt eine solche, so ist die "localisation", mithin der Schwerpunkt des Vertrages zu ergründen. In der Tat ist das aus der "économie du contrat" zu ermittelnde Recht auch im Recht der internationalen Erbverträge Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Überlegungen.

Bei dieser Feststellung hat es allerdings sein Bewenden. Fehlt nämlich, wie meist bei erbrechtlichen Verträgen, eine Rechtswahl der Parteien, so ist der nächste Schritt nicht, den räumlichen Schwerpunkt des Vertrages zu ermitteln; vielmehr wird der Vertrag juristisch lokalisiert. Der Vertragsgegenstand bestimmt, welchem Rechtsinstitut und damit welcher Kollisionsnorm der Vertrag zuzuordnen ist²⁶²⁾.

Im Grunde wird damit nur etwas Selbstverständliches gesagt. Die Suche nach der maßgeblichen Kollisionsnorm darf nicht beim formalen Mittel des Vertrages oder gar des Rechtsgeschäfts²⁶³⁾ Halt machen. Familien- und erbrecht-

261) Batiffol II Nr.571, 572

262) La Pradelle, Les conflits de lois en matière de nullité Nr.226: "L'affinité avec la matière de telle ou telle catégorie"

263) So Rigaux Nr.347

liche Verträge fallen nicht unter die Parteiautonomie, da diese eine wirtschaftliche Zielsetzung erfordert²⁶⁴⁾. Allerdings ist von diesem Grundsatz der Ehegüterstand auszunehmen: Nicht nur der Vertragsgüterstand, sondern auch der gesetzliche Güterstand werden nach dem Vertragsstatut beurteilt.

bb) Würdigung der Rechtsprechung

Auch die mitgeteilten Entscheidungen lassen nicht erkennen, daß französische Gerichte auf Erbverträge das Vertragsstatut anwenden. Lediglich in den Urteilen vom 5.7.1939 und 10.1.1970 wurde das Vertragsstatut angewendet. Abweichend von den übrigen fünf Urteilen, die - was bei der Knappheit französischer Urteilsbegründungen nicht überrascht - Ausführungen zur Qualifikation des Vertrages nicht enthalten, weist das jüngste Urteil ausdrücklich darauf hin, daß der Vertrag nach der *lex fori* zu qualifizieren sei.

Dennoch lassen sich aus den beiden Urteilen für die kollisionsrechtliche Behandlung von Erbverträgen keine Schlüsse ziehen. In dem Urteil des Tribunal de la Seine vom 5.7.1939 handelte es sich offensichtlich um einen Vertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten, jedenfalls nicht um einen

264) Batiffol, *Conflit de lois en matière de contrats* Nr. 402, ders. in: *Rép.dr.int.Dalloz v^o contrats et conventions* Nr.105, Giuliano, *La loi applicable aux obligations contractuelles et extra-contractuelles* 10

Erbeinsetzungsvertrag. Ebensovwenig ist der Trust in der Entscheidung vom 10.1.1970 eine Verfügung von Todes wegen, sondern ein Schuldvertrag unter Lebenden, der allerdings auch Vereinbarungen für den Todesfall enthielt. Immerhin erstaunt es, daß das Gericht die erbrechtliche Komponente ohne weitere Begründung verdrängte²⁶⁵⁾; sonst wird diese bei Verträgen mit erbrechtlichem Einschlag stark betont.

b) Erbstatut

aa) Grundsatz

Entscheidet nicht das Vertragsstatut, bleibt es den Parteien mithin nicht überlassen, das anwendbare Recht zu bestimmen, so kann die maßgebliche Kollisionsnorm nur die erbrechtliche sein. Wenn das Erbstatut darüber befindet, unter welchen Voraussetzungen durch eine Verfügung von Todes wegen die Erbfolge geregelt werden kann, ist auch das Erbstatut zuständig zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der Erbe durch Vertrag eingesetzt werden kann. Freilich erfordert dies, daß man sich im Kollisionsrecht von der sachrechtlichen Alternative 'gesetzliche Erbfolge - Testament' löst. Man muß vielmehr anerkennen, daß daneben auch die Erbfolge kraft Vertrages denkbar ist. Im französischen Recht fällt

265) R.S. hält in seiner Anm. das Urteil für falsch, da der Trust "im wesentlichen" eine Schenkung von Todes wegen darzustellen "scheine".

dies leicht, da dieses in der institution contractuelle eine vertragliche Regelung der Erbfolge kennt²⁶⁶⁾.

Dazu kommt, daß jede Verfügung von Todes wegen, sei sie Testament oder Erbvertrag, das Pflichterbrecht beeinträchtigen kann. Die Gleichstellung beider Institute ist daher geboten, wenn man die zwingenden Regeln der réserve nicht ausschalten will.

Daß der Erbvertrag nicht als Schuldvertrag, sondern als erbrechtliches Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist, über dessen Zulässigkeit das Erbstatut entscheidet, erscheint dem deutschen Kollisionsrecht²⁶⁷⁾ selbstverständlich.

Dennoch stellt die französische Literatur bei der Behandlung des deutschen Erbvertrages vertragliche und erbrechtliche Kollisionsnorm gegenüber. Batiffol²⁶⁸⁾ und Le Bris²⁶⁹⁾ weisen auf das Urteil der Cour d'Appel de Colmar vom 19. 2. 1949 als Beispiel geglückter Qualifikation hin. Rigaux²⁷⁰⁾

266) Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé 34

267) Ebenso das italienische und spanische Schrifttum, vgl. Monaco Nr. 119 und Goldschmidt II 350 f.

268) Batiffol I Nr. 297, II Nr. 640

269) Rev. crit. dr. int. pr. 54 [1965] 337

270) Rigaux, La théorie des qualifications en droit international privé 194

bringt - im Anschluß an Bosco²⁷¹⁾ - zur Qualifikation nach der lex fori das unzutreffende Beispiel, daß der deutsche Erbvertrag in Frankreich erbrechtlich zu qualifizieren sei, obwohl ihn die lex causae, das deutsche Recht, schuldrechtlich (!) qualifiziere²⁷²⁾.

bb) Kritik der Rechtsprechung

(1) Zur Wirksamkeit eines ausländischen Erbvertrages ergeben sich nur aus den Urteilen vom 19.2.1949, vom 19.1.1950 und vom 14.11.1961 Anhaltspunkte. Die Entscheidung vom 27.5.1964 läßt sich nicht verwerten, da das Gericht nur auf die Form, nicht jedoch auf den Inhalt des von ihm als pacte successoral angesehenen Vertrages eingeht.

271) Bosco, Diritto internazionale privato 109 f.

272) Die Frage, wie ein deutscher Erbvertrag zu qualifizieren ist, wenn die lex fori ihn verbietet, gehört seit der Abhandlung Rabels, Das Problem der Qualifikation (RabelsZ 5 /1931/ 241-288), zu den Lieblingsthemen der kollisionsrechtlichen Diskussion. Die Spitze der Frage liegt darin, daß die Anhänger der lex fori-Qualifikation behaupten, auch ein Land wie Italien könne einen deutschen Erbvertrag als erbrechtlich qualifizieren (so Ago Rec.cours 1936 IV 323 ff. und Batiffol, Rev.int.dr.comp.22 /1970/ 666), während Rabel (auch in Conflict of Laws I 62 f.) und Goldschmidt (Calificaciones 741) der Ansicht sind, dazu bedürfe es einer rechtsvergleichenden Qualifikationsmethode. Der Streit ist akademisch, da heute niemand mehr die Qualifikation als erbrechtlich in Zweifel zieht.

In den drei erstgenannten Urteilen war das Erbstatut französisches Recht, da in Frankreich belegene Grundstücke in Frage standen. Die Subsumtion der Gerichte war daher keine Qualifikation im kollisionsrechtlichen Sinne, sondern Substitution: Zu prüfen war, ob dem ausländischen Erbvertrag ein, wenn auch nur ähnliches, so doch funktionsgleiches ausländisches Institut entsprach²⁷³⁾. Dennoch lassen sich aus den Entscheidungen auch Hinweise für die Qualifikationslehre entnehmen. Weil sich das französische Kollisionsrecht eng an das Sachrecht anlehnt, erleichtert die Einordnung ausländischer Institute in das materielle Recht auch die Subsumtion unter die Kollisionsnorm.

(2) Untersucht man die Entscheidungen darauf, ob sie zutreffend subsumieren (substituieren), so sind zunächst die Urteile vom 19.2.1949 und vom 19.1.1950 zusammenzufassen. Beide Erkenntnisse haben nämlich einen Erbeinsetzungsvertrag, zum einen nach deutschem, zum anderen nach schweizerischem Recht zum Gegenstand. Das Urteil der Cour d'Appel de Colmar läßt sich mit der vom Gericht gegebenen Begründung nicht halten. Es geht zutreffend von der Maßgeblichkeit französischen Rechts aus und stellt dann apodiktisch fest: "La transmission héréditaire par pacte successoral... est inconnue du droit français."

²⁷³⁾ Neuhaus 240; wenn François Boulanger Nr.110 meint, im Urteil vom 19.1.1950 werde falsch qualifiziert, so kann der Terminus nur untechnisch gemeint sein

Der Erbvertrag verstoße gegen die Vorschriften über die réserve und die quotité disponible. Daß in Frankreich Erbverträge "unbekannt" seien, ist unrichtig und wird auch im Schrifttum im Hinblick auf die institution contractuelle nicht behauptet. Das Gericht hätte daher untersuchen müssen, ob der von den Ehegatten abgeschlossene Erbvertrag deutschen Rechts mit einem Typ der institution contractuelle funktionsgleich ist. Die Eheleute hatten den Erbvertrag während der Ehe abgeschlossen; eine zulässige institution contractuelle lag daher nicht vor²⁷⁴⁾, da sich die Ehegatten bindend (also unwiderruflich) nur im Ehevertrag als Erben einsetzen können.

Die Entscheidung hat im Übrigen eine intertemporale Besonderheit des Falles übersehen. Gemäß Artt. 99, 137 der Loi civile d'introduction²⁷⁵⁾ wurden in Elsaß-Lothringen die vor dem 1.1.1925 abgeschlossenen Erbverträge aufrechterhalten, soweit sie nicht Pflichterbrechte beeinträchtigen²⁷⁶⁾. Da Pflichterben nicht ersichtlich waren, war der Erbvertrag in vollem Umfang wirksam.

274) Batiffol, Rev. crit. dr. int. pr. 39 1950 55, Degand, Rev. jur. d'Alsace et de Lorraine 30 1949 313

275) s. Fn. 53

276) Degand 316 (Fn. 246)

Auch im Urteil des Tribunal civil de Mulhouse vom 19.1. 1950 ging es um die Einordnung fremder Rechtsinstitute in das eigene Sachrecht. Einen unter Brüdern abgeschlossenen Erbeinsetzungsvertrag läßt das französische Recht nicht zu. Ob das Gericht den Unterschied von gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag nicht erkannt oder bewußt den ausländischen Erbvertrag als gemeinschaftliches Testament angesehen hat, um ihn aufrechtzuerhalten²⁷⁷⁾, läßt das Urteil - verständlicherweise - nicht erkennen.

Die erste Ansicht läßt sich damit erklären, daß auch das Schrifttum Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament verwechselt. Niboyet²⁷⁸⁾ bezeichnet es als Vertrag; die Notarkammer des Departements Bas-Rhin²⁷⁹⁾ subsumiert den Erbvertrag unter den - inzwischen aufgehobenen - Art.1097, der Schenkungen und Testamente in einer einzigen Urkunde verbietet. Selbst wenn man aber berücksichtigt, daß das Verbot der gemeinschaftlichen Testamente in Frankreich historisch auch auf das Verbot der Erbverträge zurückgeht²⁸⁰⁾, kann es heute nicht zweifelhaft sein, daß beide Institute trotz gewisser Ähnlichkeit zu trennen und im Gesetz auch getrennt geregelt sind (Art.1130 Abs.2 und Art.968).

277) François Boulanger Nr.110, Delaume/Flattet, Sem.jur. 1952 II 6845

278) In: Rép.dr.int.v^o ordre public Nr.280

279) Rev.jur.d'Alsace et de Lorraine 30 1949 315

280) Planiol/Ripert (-Traub/Loussouarn) V Nr.528

Die zweite Meinung glaubt, daß das Gericht nach einem Weg suchte, um die als unbillig angesehene Unwirksamkeit des Erbvertrages zu vermeiden. Unter diesem Blickwinkel wäre das Urteil zwar nicht richtig, aber verständlich. Auf dem falschen Umweg über die Testamentsform wollte es vielleicht das als veraltet angesehene Erbvertragsverbot umgehen²⁸¹⁾.

(3) Ebenso überraschend ist das Urteil der Cour d'Appel de Colmar vom 14.11.1961. Bei dem agreement handelte es sich um eine Testiervereinbarung²⁸²⁾, die sich an den amerikanischen contract not to make a will anlehnt. Daß diese Vereinbarung gegen Art.1130 Abs.2 verstößt, ist offensichtlich. Um so erstaunlicher ist es, daß das Gericht die Testamente, auf die sich das agreement bezog, für wirksam hielt. Damit haben die Testatoren ihr Ziel erreicht: Die nach ihrer Intention unwiderruflichen Verfügungen von Todes wegen sind wirksam. Nach französischem Recht soll aber das Erbvertragsverbot auch und gerade die Testierfreiheit sicherstellen. Wenn diese Entscheidung allgemeingültig wäre, ließe sich das Verbot des Art.1130 Abs.2 leicht dadurch umgehen, daß die Parteien eine Testiervereinbarung schließen und entsprechende Testamente errichten.

281) Loussouarn, Rev.crit.dr.int.pr.40 [1951] 138

282) Vgl.§ 2302 BGB

cc) Folgen des unzulässigen Erbvertrages

Der nach dem Erbstatut unzulässige Erbvertrag ist unwirksam, es tritt mithin, wenn keine gültige Verfügung von Todes wegen vorhanden ist, gesetzliche Erbfolge ein. Dieser Grundsatz ist für die teilweise Unwirksamkeit (1) und die Möglichkeit der Konversion (2) zu präzisieren.

(1) Der Grundsatz der Nachlaßspaltung kann dazu führen, daß der Erbvertrag nach dem für Mobilien geltenden Recht wirksam, nach dem für Grundstücke maßgeblichen Recht jedoch unwirksam ist und umgekehrt. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die partielle Unwirksamkeit auf das gesamte Geschäft ausstrahlt. Soweit die Urteile dazu Stellung nehmen, ist für Mobilien und Immobilien getrennt zu untersuchen, ob der Vertrag wirksam ist²⁸³⁾. Der nichtige Teil macht nicht den ganzen Vertrag unwirksam. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen die Aufrechterhaltung des wirksamen Teils den Erblasserwillen so verfälscht, daß - wie auch im materiellen Recht²⁸⁴⁾ - die Unwirksamkeit den ganzen Vertrag ergreift.

(2) Über die Möglichkeit der Umdeutung des nichtigen Erbvertrages muß das Erbstatut entscheiden. Ist dieses fran-

283) Cass.req.8.5.1894, Clunet 21 /1894/ 562-564, Cass. req.7.5.1924, Clunet 52 /1925/ 126-128; vgl. La Pradelle, Les conflits de lois en matière de nullités Nr.133, 232 (für Testament)

284) Ferid, Französisches Zivilrecht I E 293

zösisches Recht, so kommt eine Umdeutung in ein Testament nicht in Betracht²⁸⁵⁾. Ansätze für eine Umdeutung finden sich möglicherweise im Urteil des Tribunal de Mulhouse vom 19.1.1950, das einen Erbvertrag als gemeinschaftliches Testament ansah und ihn auf diesem Wege aufrechterhalten konnte²⁸⁶⁾.

c) Formprobleme

Das Problem der Form der Erbverträge ist bisher unter zwei kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten praktisch geworden.

aa) Die Regel 'locus regit actum' gilt auch für den Abschluß von Erbverträgen. Die einzige Bestätigung hierfür findet sich in dem Urteil der Cour d'Appel de Paris vom 27.5.1964. Das vom Gericht als Erbvertrag qualifizierte Geschäft bedurfte nach den Formvorschriften des Errichtungsortes der notariellen Beurkundung. Dies hatten die Parteien nicht beachtet, so daß der Vertrag ungültig war. Die Frage, ob die Ortsform bei einem nach französischem Recht ungültigen Erbvertrag erheblich sein kann, brauchte das Gericht nicht zu entscheiden, da es den Vertrag als nicht verboten ("rien d'illicite") ansah.

285) Oben § 3 II 1 c

286) Fn.247

bb) Wer das Verbot der Erbverträge als ein Verbot der Form betrachtet, muß den Erbvertrag als wirksam anerkennen, wenn der Errichtungsort den Erbvertrag zuläßt und dessen Formvorschriften beachtet sind. Nach den Ausführungen im ersten Teil zum französischen materiellen Recht ist es nicht zweifelhaft, daß sich das Verbot der Erbverträge auf den Inhalt und nicht auf die Form des Geschäfts bezieht. Allerdings ist das Tribunal de Mulhouse im Urteil vom 19.1.1950 so weit gegangen, aus der Zulässigkeit des Erbvertrages eine Frage der Form zu machen, indem es diesen als gemeinschaftliches Testament qualifizierte. Dadurch wurde aber die Regel 'locus regit actum' vom Gebiet der Erbverträge auf dasjenige der gemeinschaftlichen Testamente verlagert. Bei diesen ist aber - was nicht zu vertiefen ist - die Qualifikation als Formvorschrift vertretbar²⁸⁷⁾.

3. Ordre public

In drei der mitgeteilten Entscheidungen bemühten die Gerichte den ordre public, um den pacte sur succession future für unwirksam zu erklären. Indes unterscheiden sich die Urteile: Lediglich im Urteil vom 5.7.1939 konnte der ordre public als internationalprivatrechtliche Vorbehalts-

287) Vgl. Batiffol II Nr. 653 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung

klausel angesprochen sein, da das maßgebliche deutsche Recht ausgeschaltet werden sollte. Soweit sich die Gerichte in den anderen Entscheidungen auf den ordre public berufen, muß es sich - die korrekte Anwendung vorausgesetzt - um den ordre public interne(Art.6) handeln.

a) Analyse der Rechtsprechung

Nur der ordre public international ist hier zu behandeln. Die Frage ist, ob bei Maßgeblichkeit ausländischen Erbrechts jeder Erbvertrag gegen den ordre public international verstößt und daher in Frankreich unwirksam ist. Einige Autoren vertreten apodiktisch diese Ansicht²⁸⁸⁾ und berufen sich dabei auf Entscheidungen, die entweder im Ausland²⁸⁹⁾ ergangen sind oder keine Erbeinsetzungsverträge zum Gegenstand hatten. Das Urteil des Tribunal civil de la Seine vom 18.7.1885²⁹⁰⁾, in der Berufung von der Cour d'Appel de Paris am 26.1.1888²⁹¹⁾ bestätigt, behandelte die Liquidation einer ausländischen Gesellschaft, zu deren Vermögen auch erst künftig zu erwerbendes

288) Notariat latin, Brüssel, 463, Niboyet, Cours Nr.633, ders. in Rép.dr.int.v^o ordre public Nr.280, Thébault in Rép.dr.int. v^o successions Nr.109 mit Nachweisen aus dem älteren Schrifttum, de Vos Nr.363, Simó Santoja, Derecho sucesorio comparado 149

289) So wird Rio de Janeiro 6.7.1910, Clunet 39 /1912/ 1242 angeführt, was um so erstaunlicher ist, als es in der Sache um eine nach französischem Recht zulässige institution contractuelle durch Dritte im Ehevertrag ging

290) Clunet 13 /1886/ 208

291) Clunet 15 /1888/ 390

Vermögen der Gesellschafter gehörte. Die Urteile stellen fest, daß eine solche Gesellschaft gegen den französischen ordre public verstoße. Als drittes Urteil wird Tribunal civil de la Seine vom 5.7.1939²⁹²⁾ angeführt, das bereits erwähnt wurde; in dieser Sache ging es offensichtlich um den Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Die Belege für das Eingreifen des ordre public bei ausländischen pactes sur succession future erschöpfen sich in diesen drei Urteilen. Entscheidungen der Gerichte Elsaß-Lothringen aus der Zeit, als dieses zum Deutschen Reich gehörte, lassen sich für die heutige Haltung des französischen IPR nicht heranziehen²⁹³⁾.

Aus den drei genannten Urteilen läßt sich allenfalls entnehmen, daß Verträge wie die in § 312 BGB geregelten den ordre public verletzen. Für internationale Erbeinsetzungsverträge jedoch läßt sich ein Grundsatz nicht ableiten.

292) Fn.244

293) Das OLG Colmar hat einmal ausdrücklich ausgesprochen (Urteil vom 22.11.1895, Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen 21 /1896/ 212-217 (215 f.), im Zweifel sei nicht anzunehmen, "daß nach der Absicht des Gesetzgebers auch die hier in Frage stehenden Art.791 und 1130 Abs.2 zu jenen Vorschriften zählen sollten, welchen gegenüber abweichende Bestimmungen des fremden Rechts unter keinen Umständen in Betracht kommen dürfen."

Soweit das neuere Schrifttum²⁹⁴⁾ zu der Frage Stellung nimmt, wird die Rechtsprechung als "excessive" bezeichnet²⁹⁵⁾ und eine Begrenzung des ordre public auf die Fälle gefordert, in denen auch das französische materielle Recht Erbverträge verbietet²⁹⁶⁾. Demey lehnt die Anwendung der Vorbehaltsklausel ab, wenn der Erbvertrag französische Interessen nicht beeinträchtigen kann²⁹⁷⁾.

b) Gründe für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel

Alle den Erbvertrag betreffenden Äußerungen zum ordre public sprechen das Problem nur punktuell an. Die Autoren

294) Überraschend ist, daß die meisten Werke, die den ordre public im internationalen Erbrecht behandeln, Erbverträge nicht erwähnen, so Lagarde in Rép.dr. int. Dalloz v° successions Nr. 108-111, Graulich Nr. 217, Schiffer, Der Begriff des ordre public in der französischen Rechtsprechung 102-107

295) Batiffol II Nr. 640 Fn. 12, Loussouarn in: Jurisclasseur international v° donations et testaments (Fasc. 557 B) Nr. 69; bereits Laurent VI Nr. 300 stellte fest: "Les tribunaux français ne peuvent pas annuler comme immoral un pacte successoire fait entre étrangers, conformément à leur loi nationale."

296) Planiol/Ripert (-Maury/Vialleton) IV Nr. 20 bis, Niboyet, Traité IV Nr. 1342

297) Demey, De la liquidation et du partage des successions en droit international 36

beleuchten die Frage nicht anhand der allgemeinen Grundsätze des ordre public. Es soll daher untersucht werden, ob und in welchem Ausmaß das französische Kollisionsrecht die Einschaltung des ordre public bei Erbverträgen gebietet.

aa) Voraussetzungen des ordre public

Der ordre public verbietet die Anwendung des an sich nach französischem Kollisionsrecht maßgeblichen Rechts, wenn dieses Bestimmungen enthält, das die sozialen und juristischen Konzeptionen Frankreichs verletzt²⁹⁸⁾. Ein solcher Verstoß kann in zwei Fällen²⁹⁹⁾ vorliegen. Zum einen kann die anwendbare Rechtsordnung Institute enthalten, die für das französische Rechtsleben untragbar sind (Sklaverei, Polygamie). Zum anderen soll der ordre public dann eingreifen, wenn eine bestimmte rechtspolitische Linie eingehalten werden soll. Dies bezweckt, Rechtsinstitute zu schützen, über deren Zweckmäßigkeit die Meinungen geteilt sind.

Der ordre public im kollisionsrechtlichen Sinne ist nicht

298) So Batiffol I Nr. 354

299) Batiffol I Nr. 358, Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn Nr. 379

mit dem in Art.6 verwendeten Begriff des ordre public identisch. Art.6 besagt nur, daß von bestimmten grundlegenden Normen nicht durch Vertrag abgewichen werden kann. Anders steht es hingegen beim ordre public international. Er stellt zunächst strenge Anforderungen an die Wichtigkeit rechtlicher Grundsätze. Sodann ist seine Zielrichtung eine andere; er soll die Anwendbarkeit ausländischen Rechts ausschließen.

Der ordre public wird abgeschwächt, wenn in Frankreich Rechte geltend gemacht werden, die im Ausland erworben wurden. Der Grund liegt darin, daß in diesen Fällen die Sache zu Frankreich keine wesentlichen Beziehungen aufweist. Im Ergebnis wird damit - wie auch in Deutschland - für den ordre public eine gewisse Inlandsbeziehung gefordert³⁰⁰⁾.

bb) Ordre public bei den pactes sur succession future

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf die Frage an, ob ausländischem Recht unterstehende Erbverträge in Frankreich durch den ordre public ausgeschlossen sind, so ergibt sich, daß zwar Art.6 im internen Recht den Abschluß von Erbverträgen verbietet; für den internationalen

300) Batiffol I Nr.367 Fn.73; Maury, L'éviction de la loi normalement compétente 87

ordre public läßt sich daraus unmittelbar nichts ableiten³⁰¹⁾. Nur wenn das Verbot auf wesentlichen Grundsätzen des französischen Rechts beruht, kommt das Eingreifen des ordre public in Betracht.

(1) Zu denken ist an den unmoralischen Gehalt derartiger Verträge, insbesondere an das votum mortis. Wie oben bereits dargelegt wurde³⁰²⁾, trifft dieses Motiv für Erbeinsetzungsverträge nicht zu und wird auch heute in der Literatur nicht mehr angeführt³⁰³⁾.

(2) Bringt man die Testierfreiheit ins Spiel, so sind von vornherein die Erbverträge auszuschließen, die auch das französische Recht kennt, z.B. die institution contractuelle durch Ehevertrag. Bleiben die Erbverträge, die dem französischen Recht unbekannt sind. Ob die Testierfreiheit, genauer: die Möglichkeit, eine Verfügung von Todes wegen jederzeit zu widerrufen, zu den elementaren Grundsätzen des französischen Rechts gehört, ist eine Wertungsfrage, die hier nicht bejaht oder verneint werden kann. Obwohl die Literatur die Testierfreiheit stark hervorhebt, spricht einiges dagegen, ihr ordre public-Charakter zuzuerkennen. Die institution contractuelle

301) So aber offenbar Delaume/Flattet, Journal des Tribunaux 1951, 4

302) Den votum mortis-Gedanken im IPR hat bereits Bartin II § 246 ausdrücklich abgelehnt, ebenso Laurent (Fn.295)

303) Oben § 6 II 1

im Ehevertrag zeigt, daß die Testierfreiheit kein Dogma ist. Auch die Entscheidung der Cour d'Appel de Colmar vom 14.11.1961 deutet darauf hin, daß dem Richter die Testierfreiheit nicht so wesentlich erschien; sonst hätte er die Nichtigkeit des agreements auch auf die darauf aufbauenden Testamente ausgedehnt.

(3) Auch die Sicherung des Pflichterbrechts gibt nur wenig für das Eingreifen des ordre public her. Der Schutz der réserve kann für Frankreich nur wichtig sein, wenn französisches Recht maßgebend ist oder französische Pflichterben ein Erbrecht geltend machen. Beschränkt sich die Wirkung des Erbvertrages darauf, daß er in Frankreich belegenes Vermögen erfaßt und sind alle Beteiligten außerhalb Frankreichs wohnende Ausländer, so sind französische Interessen nicht beeinträchtigt; es fehlt an der Inlandsbeziehung. Aber selbst wenn französische Belange auf dem Spiel stehen, gefährdet der Erbvertrag nicht das französische Pflichterbsystem. Das Gesetz vom 1.6.1924, das in Elsaß-Lothringen Erbverträge aufrechterhielt³⁰⁴⁾, soweit die réserve nicht berührt wird, beweist gerade, daß rechtliche Mittel zu deren Wahrung zur Verfügung stehen. Auch bei der institution contractuelle gibt es die Herabsetzungsklage. Zu dem starken Mittel des ordre public zu greifen, ist daher nicht notwendig.

304) Fn.53

(4) Am wenigsten beweisbar, aber nicht minder wahrscheinlich ist die Vermutung, daß mit dem ordre public eine bestimmte "politique législative" durchgesetzt werden soll. Es wurde bereits dargelegt, daß das Schrifttum für eine Auflockerung des Erbvertragsverbots eintritt³⁰⁵⁾. Auch die neuere Gesetzgebung bietet hierfür Indizien³⁰⁶⁾. Hier bietet sich nun eine Parallele an. Die Rechtsprechung erklärte lange Zeit die Vaterschaftsfeststellung, die nicht innerhalb der vom Code civil vorgesehenen Frist vorgenommen werde, verstoße gegen den ordre public³⁰⁷⁾; sie gab diesen Standpunkt schließlich auf. Ziel dieser Rechtsprechung war, eine bestimmte Linie einzuhalten. Die Vermutung liegt nahe, daß ein französisches Gericht gerade deshalb, weil das Verbot der Erbverträge fragwürdig geworden ist, den Anfängen wehren will, indem es nicht nur im internen, sondern auch im internationalen Recht einen strengen Kurs einhält. Da Entscheidungen fehlen und die Grenzen des ordre public fließend sind, kann der Gedanke nur angedeutet werden.

305) Oben § 6 II

306) Oben § 5

307) Batiffol I Nr.358 m.w.N.

§ 10

Die institution contractuelle im französischen Kollisionsrecht

I. Die Rechtsprechung

1. Einführung

Die Judikatur zu Fällen der institution contractuelle ist relativ umfangreich, behandelt aber auch sehr verschiedene Sachverhalte. Die folgenden, beispielhaft ausgewählten Entscheidungen haben allerdings nicht immer eine institution contractuelle zum Gegenstand, sondern beziehen sich auch auf Schenkungen unter Lebenden. Diese Auswahl liegt im französischen Sachrecht begründet. Da die institution contractuelle zu den Schenkungen gehört, lassen sich möglicherweise aus der kollisionsrechtlichen Behandlung der Schenkungen unter Ehegatten Erkenntnis für die institution contractuelle gewinnen.

2. Die Urteile

- a) Cour de Cassation (chambre des requêtes) vom 20.2. 1882³⁰⁸⁾

Ein seit vielen Jahren in Bordeaux wohnender Hamburger gibt

308) D.P.1882.1.118 = S.1882.1.145 mit Anm.Labbé (145-148)

im Ehevertrag zugunsten seines Sohnes eine promesse d'égalité ab³⁰⁹⁾. Später errichtet er ein Testament, in dem er seiner Tochter sein gesamtes Vermögen vermacht und die Tochter des inzwischen verstorbenen Sohnes auf den Pflichtteil setzt. Die Tochter und die Enkelin des Erblassers streiten um die Verteilung des Nachlasses.

Erbstatut war Hamburger Recht, das die promesse d'égalité verbot. Dennoch hielt der Kassationshof französisches Recht für maßgebend, ohne seine Ansicht im einzelnen zu begründen. Daß der begünstigte Sohn Franzose war, schien eine gewisse Rolle zu spielen. Der Berichterstatte des Verfahrens hob hervor, daß es um einen Vertrag gehe, der in Frankreich belegenes Vermögen zum Gegenstand habe und auf den daher französisches Recht anwendbar sei. Das Erbstatut müsse daher zurücktreten.

b) Cour de Cassation (chambre des requêtes) vom 15.3. 1933³¹⁰⁾

Ein ägyptischer Prinz gibt seiner Ehefrau, die ebenfalls Ägypterin ist, eine Geldsumme, mit der diese eine Villa in Frankreich kauft. Der Ehemann stirbt. Seine Erben machen geltend, Eigentümer sei der Erblasser, mit der Schenkung des Geldes habe der Ehemann nur verdecken wollen,

309) Dazu oben § 4 III 2

310) S.1934.1.393-397 mit Anm.Batiffol

daß er das Grundstück kauft. Die Ehefrau sei nur Vertreterin des Mannes gewesen. Die Schenkung sei als Scheingeschäft nach französischem Recht unwirksam.

Zur Frage des anwendbaren Rechts stellt das Gericht fest, daß "la loi personnelle des époux étant applicable aux donations mobilières que des étrangers se font en France...". Nach dem somit maßgeblichen ägyptischen Recht komme die Schenkung durch Konsens von Schenker und Beschenktem zustande; der Empfang des Geldes gelte als Annahme. Die Schenkung sei daher wirksam.

c) Cour d'Appel de Paris vom 26.2.1964³¹¹⁾ ("Gaiofatto")

Durch notarielle Urkunde vom 20.4.1948 schenkt ein Italiener seiner französischen Ehefrau das gesamte bewegliche und unbewegliche Vermögen, das im Augenblick seines Todes vorhanden ist und seinen Nachlaß ausmacht. Die Eheleute lebten seit 1933 in Frankreich, wo sich auch das gesamte bewegliche und unbewegliche Vermögen befand. Der Ehemann stirbt am 12.10.1960. Verwandte des Erblassers greifen die Schenkung (institution contractuelle) an, weil das italienische Recht Schenkungen unter Ehegatten verbiete³¹²⁾.

311) D.1965.26-27 mit Anm.de la Marnierre (27-31) = Gaz. Pal.1964.1.320-323 mit Conclusions des avocat général Mailhol = Clunet 91 /1964/ 576-578 mit Anm.Ponsard (578-579) = Rev.crit.dr.int.pr.54 /1965/ 334-336 mit Anm.Le Bris (336-345)

312) Art.781 codice civile

Das Gericht schließt sich diesem Vorbringen nicht an:

"D'après la qualification française, l'interdiction des donations entre époux, lorsqu'elle existe dans une législation (en l'espèce, la législation italienne) ne participe pas de la nature juridique d'une incapacité générale, mais constitue une règle prohibitive qui traduit la conception que le législateur a de la famille et du patrimoine familial, d'où il résulte que la loi étrangère qui interdit la donation entre époux ne saurait s'appliquer en tant que loi gouvernant la capacité du donateur.

Considérant que Gaiofatto a consenti donation à son épouse des biens devant exister à son décès; que cette donation faite à cause de mort et ayant pour objet une universalité, porte atteinte, ainsi que l'aurait fait une libéralité testamentaire, à la dévolution successorale, telle qu'elle est opérée par la loi, mais qu'elle trouve en même temps ses limites dans certaines règles successorales impérativement prescrites; que par ailleurs, au même titre qu'une libéralité testamentaire, elle était révocable; qu'enfin, sa révocabilité ne saurait lui avoir fait perdre sa nature juridique et qu'ayant pour objet les biens que le donateur laissera à son décès, elle constitue une institution contractuelle autorisée par la loi.

Considérant que l'ensemble de ces circonstances de droit fait que la donation consentie à cause de mort par Gaiofatto à son épouse, relève de la loi qui gouverne sa succession, à savoir la loi de la situation des biens."

Das Gericht gelangt somit für die gesamte Erbfolge zur Maßgeblichkeit französischen Rechts, da einerseits der Wohnsitz des Erblassers in Frankreich und andererseits das Grundstück in Frankreich belegen war. Es weist noch darauf hin, daß die einheitliche Behandlung des Nachlasses große Vorteile biete und dem Willen der Eheleute entspreche.

Der Erstrichter hatte auch französisches Recht angewendet, dies aber anders begründet. Grundsätzlich entscheide bei Mobilien das Heimatrecht des Schenkers über die Zulässigkeit von Schenkungen; bestehe aber ein Konflikt zwischen den Heimatrechten der Ehegatten, so sei das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes, also französisches Recht, maßgebend. Für das französische Grundstück gelte ohnedies die *lex rei sitae* als Erbstatut.

d) Cour de Cassation (chambre civile) vom 15.2.1966³¹³⁾
("Campbell-Johnston")

Ein britischer Staatsangehöriger schenkt seiner Ehefrau, die die französische Staatsangehörigkeit besitzt, Teppiche und andere Einrichtungsgegenstände. Die Eheleute

313) D.1966.370 mit Anm.Malaurie (370-373) = Clunet 94
1967 95-97 mit Anm.Goldman (97-99) = Rev.crit.
dr.int.pr.55 1967, 273-275 mit Anm.Batiffol
(275-279)

schließen den Schenkungsvertrag am 16.8.1940 in New York. Sie haben ihren gemeinsamen Wohnsitz in Paris. Etwa zwanzig Jahre später wird auf Antrag der Ehefrau die Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen. Am 22.6.1962 widerruft der Ehemann die Schenkung vom 16.8.1940 und klagt auf Rückgabe der Möbel usw., die die Ehefrau in die ihr gerichtlich zugewiesene Wohnung gestellt hatte.

Die Klage des Ehemannes war in allen Instanzen erfolgreich. Die Cour d'Appel de Paris³¹⁴⁾ hatte der Klage stattgegeben. Sie wies zunächst darauf hin, daß Schenkungen nach englischem und amerikanischem Recht unwiderruflich, nach französischem Recht jedoch widerruflich sind; wende man das Heimatrecht der Ehegatten an, so müßten bei verschiedener Staatsangehörigkeit Konflikte entstehen. Das Gericht gelangt dann mit folgender Begründung zu dem Recht, das für die persönlichen Ehwirkungen maßgebend ist:

"Considérant que pour déterminer quelle est la loi applicable à la donation considérée, on ne saurait se référer d'une manière satisfaisante à la loi gouvernant le régime matrimonial des époux, s'agissant d'une libéralité étrangère à ce régime, ni à la loi gouvernant la succession du donateur dont

314) Urteil vom 4.7.1963, Clunet 91 /1964/ 65-73 mit Anm. Ponsard (73-77) = Rev.crit.dr.int.pr.52 /1963/, 772-779 mit Anm.Batiffol (780-781); vgl. auch das erstinstanzliche Urteil des Tribunal de la Seine vom 12.7.1962, Rev.crit.dr.int.pr.51 /1962/, 690-696 mit Anm.Batiffol (696-699)

on ignore où sera le domicile au jour du décès, ni à la loi d'autonomie qui se déduit de la localisation du contrat telle que résultant de la volonté des parties, alors que la donation entre époux se trouve, à certains égard, en marge du droit des contrats;

Considérant au contraire que la donation faite par Campbell-Johnston à sa femme, qui trouve sa cause dans les relations personnelles des époux et la force du lien qui les a unis, doit être soumise à la loi gouvernant les effets personnels du mariage laquelle est celle du domicile commun des époux au moment de la donation, ainsi qu'il a été admis en matière de divorce et que l'ont estimé, à bon droit, les premiers juges."

Die Ehefrau griff das Urteil insbesondere deshalb an, weil die Cour d'Appel nicht das Vertragsstatut, jedenfalls aber nicht das Heimatrecht des Schenkers angewandt habe, das den Widerruf von Schenkungen unter Ehegatten nicht zulasse. Der Kassationshof schloß sich dieser Argumentation nicht an und stellte fest,

"que la loi d'autonomie ne saurait s'appliquer aux donations entre époux, eu égard aux règles particulières auxquelles elles obéissent, et relevé que le litige porte uniquement sur une donation d'objets mobiliers, entre époux de nationalité différente dont le domicile commun se trouvait en France au moment où la libéralité a été consentie, décide à bon droit que semblable libéralité

est soumise à la loi française, loi du domicile commun, régissant les effets personnels du mariage, et est en conséquence révocable en vertu de l'article 1096 du Code civil."

II. Der Meinungsstand

Die institution contractuelle ist schwierig einzuordnen³¹⁵⁾.

Die kollisionsrechtlichen Gesichtspunkte sind vielfältig:

Vertrag, Geschäftsfähigkeit, Ehegüterrecht, persönliche Ehwirkungen, Erbrecht, insbesondere Testament³¹⁶⁾.

1. Vertragsstatut

Die Vertragsnatur der donation (de biens présents oder de biens à venir), die nach Ansicht des Kassationshofs³¹⁷⁾ das vorherrschende Merkmal sein soll, führt auf der Ebene des IPR dazu, daß das maßgebliche Recht zunächst nach dem für den Vertrag anwendbaren Recht zu ermitteln ist. Der Ausgangspunkt ist also derselbe wie bei den pactes sur succession future. Im Gegensatz zu diesen Verträgen, bei denen das Vertragsstatut nur erwogen und dann verworfen wird, gibt es im internatio-

315) Donnedieu de Vabres 133 Fn.1 sieht das Problem, welches Recht bei Schenkungen anwendbar sei, als fast unlösbar an

316) Batiffol S.1934.1.393, de la Marnierre D.1966.27, Loussouarn in: Jurisclasseur international v^o Donations et testaments Nr.90, Ponsard, Clunet 91 /1964/ 74

317) Cass.civ.15.1.1952, S.1954.1.185 mit Anm.Batiffol; das Urteil betrifft einen intertemporalen Konflikt

nenalen Schenkungsrecht Frankreichs vereinzelt Entscheidungen, die die loi d'autonomie für maßgeblich halten. Aus diesen Entscheidungen lassen sich jedoch allgemeine Grundsätze nicht ableiten.

So hat das Tribunal civil de Lyon in einer Entscheidung vom 26.11.1950³¹⁸⁾, die eine Handschenkung unter Ehegatten betraf, ausgesprochen, daß "les donations entre époux sont soumises, quant au fond, à la loi présomptivement choisie par les parties". Es ist bereits fraglich, ob aus einer Entscheidung, die eine Handschenkung zum Gegenstand hat, grundsätzliche Folgerungen gezogen werden können. Soweit dies aber angenommen wird, wird das Urteil abgelehnt. Das Vertragsstatut eignet sich nur für Verträge mit wirtschaftlicher Zielsetzung, nicht aber für solche mit familienrechtlichem Einschlag³¹⁹⁾. Ebenso wenig kann heute aus dem Urteil des Kassationshofs vom 26.2.1882³²⁰⁾ der Schluß gezogen werden, die promesse d'égalité (oder gar die gewöhnliche institution contractuelle) unterliege dem Vertragsstatut. Das Urteil ist dafür zu dürftig begründet³²¹⁾ und entscheidet vom ge-

318) Rev.crit.dr.int.pr.40 /1951/ 510-513 mit Anm.Loussouarn (513-520). Das von Loussouarn als weiterer Beleg für das Vertragsstatut angeführte Urteil des Tribunal civil de Versailles vom 21.4.1886, Clunet 17 /1890/ 323-327 gibt nichts her; dort ist nur ausgesprochen, daß Schenkungen dem Realstatut unterliegen

319) Loussouarn (Fn.318) 515

320) Fn.308

321) François Boulanger 118

wünschten Ergebnis her³²²⁾.

Die Frage ist nunmehr durch die Entscheidung des Kassationshofs vom 15.2.1966³²³⁾ - negativ - beantwortet, der die loi d'autonomie ausdrücklich ablehnt.

2. Ehegüterstatut

Die Maßgeblichkeit des Ehegüterstatuts läßt sich aus zwei Gesichtspunkten erwägen. Einerseits kann man den vermögensrechtlichen Vorteil betonen, der in Zuwendungen zwischen Ehegatten liegt und der deshalb Berührungspunkte mit dem Ehegüterrecht aufweist. Auf Grund dieses engen Zusammenhangs will die Cour d'Alger in einem Urteil vom 2.5.1898³²⁴⁾ das Ehegüterstatut anwenden. Andererseits läßt sich aus dem formalen Rahmen des Ehevertrages auf das Ehegüterrecht schließen. Bei der im Ehevertrag vereinbarten institution contractuelle würde dann das für den Ehevertrag maßgebliche Recht auch über die Zulässigkeit und die Wirkungen der institution contractuelle entscheiden.

322) Labbé weist in seiner Anmerkung (Fn.308) besonders auf das schändliche Verhalten des Erblassers hin, der sein Wort gebrochen habe, indem er sich plötzlich auf sein Heimatrecht berufe. Das Urteil sei daher gerechtfertigt

323) Fn.313

324) D.1898.2.457 mit zustimmender Anm.Bartin (457-461) = S.1900.2.257 mit Anm.Audinet (257-261)

Die Literatur befaßt sich vor allem mit dem ersten Gedanken, um ihn abzulehnen. Die französischen Autoren bringen folgende Gründe gegen die Maßgeblichkeit des Güterstatuts vor. Zunächst systematisch-dogmatische Bedenken: Der Ehevertrag sei ein synallagmatischer, unwiderruflicher und zu Lebzeiten wirkender Vertrag; die donation de biens à venir hingegen sei einseitig, widerruflich und entfalte erst mit dem Tode des Schenkers Wirkungen³²⁵⁾. Weiterhin bewirke die Anwendung des Ehegüterstatuts, daß auch für die Zulässigkeit von Schenkungen unter Ehegatten die Parteiautonomie eingeführt wird. Unterstelle man nämlich, wie dies das französische Kollisionsrecht tut, den Ehevertrag der Parteiautonomie, so müsse diese auch bei den Schenkungen unter Ehegatten gelten. Damit entziehe man aber den Schenkungen die zwingenden Schutzvorschriften der einzelnen Rechtsordnungen³²⁶⁾. Die Regelung der Beziehungen zwischen den Ehegatten, die nationale Eigenheiten prägen, eigneten sich nicht für die Parteiautonomie. Die Schenkungen unter Ehegatten seien im französischen Sachrecht nicht Teil der von den Ehegatten vereinbarten güterrechtlichen Ordnung³²⁷⁾, sondern der persönlichen Beziehungen. Der Gesichtspunkt der möglichen Einflußnahme bestimme das Schenkungsrecht unter Ehegatten³²⁸⁾. Die

325) Le Bris (Fn.311) 340, de la Marnierre (Fn.311) 27

326) Batiffol S.1934.1.394, Loussouarn (Fn.318) 515

327) Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn Nr.490

328) Batiffol II Nr.440

Schenkungen hingen nicht mit dem Ehegüterrecht zusammen, im Gegenteil: oft dienten sie dazu, die Unwandelbarkeit des Güterstandes zu durchbrechen³²⁹⁾. Güterstand und Schenkungen seien daher auch im internationalen Privatrecht zu trennen.

Die herausgestellten dogmatischen Unterschiede wirken formalistisch. Die Verschiedenheit kann nicht hindern, beide Verträge demselben Recht zu unterstellen, wenn diese den vermögensrechtlichen Bereich der Ehe betreffen³³⁰⁾. Das Argument, durch die Maßgeblichkeit des Ehegüterstatuts werde die Parteiautonomie in das Schenkungsrecht eingeführt, überzeugt nicht. Die Ehegatten können nämlich das Güterstatut nicht willkürlich wählen³³¹⁾, die güterrechtlichen Beziehungen müssen vielmehr Berührungspunkte mit dem gewählten Recht aufweisen³³²⁾. Wenn behauptet wird, es sei mit Schenkungen möglich, das Unwandelbarkeitsprinzip zu umgehen, so könnte man auch das genaue Gegenteil folgern. Gerade wegen dieser Umgehungsmöglichkeit muß das Ehegüterstatut entscheiden. Durch die Festlegung des für den Güterstand maßgeblichen Rechts ist auch das auf Schenkungen unter Ehe-

329) Loussouarn (Fn.318) 515

330) Wiederkehr Nr.259

331) Wiederkehr Nr.259

332) Batiffol II Nr.623, 574

gatten maßgebliche Recht fixiert. Die Parteiautonomie hat sich mit dem Abschluß des Ehegütervertrages erschöpft.

Das Schrifttum behandelt nur selten den Fall, daß in einem Ehevertrag eine institution contractuelle, sei es durch einen Dritten, sei es unter Eheleuten vereinbart wird. Trotz der Einfügung in den Ehevertrag soll nicht das Ehegüterstatut, sondern das Ehwirkungsstatut - auch bei der institution contractuelle durch Dritte - maßgebend sein³³³⁾.

3. Fähigkeitsstatut

Vereinzelte wird die Ansicht vertreten, daß bei der Schenkung unter Ehegatten an die Staatsangehörigkeit des Schenkers anzuknüpfen sei. Verbierte eine Rechtsordnung wie die italienische, Schenkungen zwischen Ehegatten, so sei die Schenkung bei italienischer Staatsangehörigkeit des Schenkers unwirksam. Diese Meinung, der vor allem de la Marnierre³³⁴⁾ anhängt, beruft sich zunächst auf die Entscheidung des Kassationshofs vom 15.3.1933, die die Wirksamkeit von Schenkungen unter Ehegatten nach

333) Batiffol S.1954.1.186

334) Fn.311; so auch Bartin II § 293

der Heimatrecht des Schenkers beurteilt³³⁵⁾. Vieles deute darauf hin, daß damit die Regeln über die Geschäftsfähigkeit angesprochen seien, genauer: die Fähigkeit, mittels eines besonderen Rechtsinstituts von Tones wegen zu verfügen³³⁶⁾. Es geht nicht um die Geschäftsfähigkeit, welche die Willensbildung des Rechtsobjekts betreffe, sondern um die Fähigkeit zu geben und zu empfangen, ähnlich dem Arzt, der nicht beachtet werden könne. Auch dieser Fall werde im französischen Kollisionsrecht nach dem Heimatrecht behandelt.

Dagegen spreche nicht, daß die Zulässigkeit der Schenkungen verschiedenen Rechten unterliegen könne, denn die Schenkungen seien rechtlich voneinander unabhängig. Man vermeide damit die unerfreuliche Nachlasspaltung, welche die teilweise (Un-)wirksamkeit zur Folge haben könne. Gerade der enge Zusammenhang mit den Institutionen des Familienrechts spreche für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit; sie allein sei in der Lage, bei Wohnsitzwechseln, die mit der Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften zurechen würden, die Familienrechtsordnung aufrechtzuerhalten.

Zu demselben Ergebnis kommt Demey³³⁷⁾, allerdings mit einer

335) Fn.310

336) de la Marnierre (Fn.311) 31; so auch Audinet S.1900. 2.257-261

337) Journ.Not.187 [1954] 233-234 (Art.44293)

anderen Begründung. Die donation de biens à venir unterscheidet sich so stark von der Schenkung unter Lebenden und dem Testament, daß sie keinem der beiden Institute kollisionsrechtlich angenähert werden könne.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Zunächst erweckt sie den Eindruck, als ob für sie die Anwendbarkeit des Heimatrechts, die sich aus der Kollisionsnorm über die Geschäftsfähigkeit ergibt, für so entscheidend nicht hält, da sie hauptsächlich auf die Vorzüge des Heimatrechts hinweist. Aber selbst wenn die Geschäftsfähigkeit ein Argument sein sollte: Aus der inhaltlichen Unzulässigkeit eines Rechtsgeschäfts kann nicht abgeleitet werden, der Schenkende habe nicht die Fähigkeit, dieses Geschäft vorzunehmen³³⁸⁾. Die (besondere) Geschäftsfähigkeit bezieht sich nur auf die Fähigkeit der fehlerfreien Willensbildung.

Eher ist zu vermuten, daß diese Meinung eine neue Kollisionsnorm schaffen will. Rechtspolitische Ziele, wie der Wunsch, die unerfreulichen Nebenwirkungen der französischen Nachlaßspaltung zu vermeiden, sind aber mit dem geltenden französischen Internationalprivatrecht unvereinbar. Vermeidet man diese Spaltung, so ist im übrigen eine andere zu befürchten. Schenkungen unter Ehegatten, die

338) Bartin II § 245: "Pour ces actes là, peut-on dire, tout le monde est mineur."

oft - wenn nicht rechtlich, so doch faktisch - gegenseitig sind, müßten nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt werden. Dies würde das Gleichgewicht zwischen den gegenseitigen Schenkungen stören³³⁹⁾.

Die neuere Rechtsprechung lehnt es ab, das Heimatrecht auf Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden. Der Kassationshof³⁴⁰⁾ hat dies ausdrücklich für das Heimatrecht, die Cour de Paris³⁴¹⁾ für das Geschäftsfähigkeitsstatut ausgesprochen.

4. Statut der persönlichen Ehwirkungen

Die donation de biens présents oder de biens à venir ist ein Vertrag zwischen Ehegatten. Betont man nicht so sehr den Vertrag wie die beteiligten Personen, nämlich die Ehegatten, so liegt es auf dem Gebiet des Kollisionsrechts nahe, das Recht der persönlichen Ehwirkungen heranzuziehen.

Die Zulässigkeit von Verträgen zwischen Ehegatten beurteilt sich nach dem für die persönlichen Ehwirkungen maßgeblichen Recht³⁴²⁾. Dies gilt für die Gesellschaft

339) Droz, Journ.Not.198 /1965/ 249-254 (253); Batiffol (Fn.313) 276; Goldman (Fn.313) 98

340) Cass.civ.15.2.1966 (Fn.313)

341) v.26.2.1964 (Fn.311)

342) Ponsard, Persönliche Rechtsbeziehungen der Ehegatten 55

und die Kaufverträge unter Ehegatten. Ob auch die Schenkung in den Kreis dieser Verträge aufzunehmen ist³⁴³⁾, ist bis heute umstritten. Die Unklarheit rührt unter anderem daher, daß donation de bien présents und donation de biens à venir nicht getrennt werden.

Die kollisionsrechtliche Diskussion schließt vorweg Schenkungen aus, die unbewegliches Vermögen zum Gegenstand haben. Zulässigkeit und Inhalt bestimmen sich nach der *lex rei sitae*. Es ist allerdings unklar, ob dies ein Satz des internationalen Schenkungsrechts ist oder ob sich dies aus der erbrechtlichen Kollisionsnorm³⁴⁴⁾ ergibt. Als Beleg dafür, daß es ein Grundsatz des Schenkungsrechts ist, wird das Urteil des Kassationshofs vom 11.5.1954³⁴⁵⁾ angeführt. Ob diesem Urteil dieser kollisionsrechtliche Grundsatz entnommen werden kann, ist allerdings sehr zweifelhaft³⁴⁶⁾.

Die neuere Rechtsprechung bezieht sich allein auf die Schenkung beweglicher Gegenstände. Sie hat ausdrücklich

343) So Planiol/Ripert (-Trasbot/Loussouarn) V Nr.956, Loussouarn Rev.crit.dr.int.pr.40 1951 517

344) Vgl.unten § 10 II 5; Cass.req.7.5.1924, Clunet 52 1925 126 läßt die Frage offen und stellt lediglich fest, daß die institution contractuelle zwischen italienischen Ehegatten wirksam sei, wenn sie sich auf ein französisches Grundstück beziehe

345) Rev.jur.pol.Un.fr.8 1954 419-425

346) Es ging um die Schenkung eines in Vietnam belegenen Grundstücks. Das vietnamesische Grundstücksrecht enthält auch Normen zum Schenkungsrecht. Aus diesem besonders gelagerten Fall können schwerlich allgemeine Schlüsse gezogen werden; gegen eine Verallgemeinerung auch Wiederkehr Nr.261

nur die Schenkung beweglicher Sachen dem Recht der persönlichen Ehwirkungen unterstellt. Grundlegende Entscheidung ist das Urteil des Kassationshofs vom 15.3.1933³⁴⁷⁾. Das Urteil spricht nicht aus, daß es das Recht der persönlichen Ehwirkungen anwende. Es nennt gleich den Anknüpfungspunkt, ohne auf die Kollisionsnorm einzugehen, nämlich das Heimatrecht der Ehegatten. Es war daher nötig, aus dem Anknüpfungspunkt auf die Kollisionsnorm zu schließen. Die maßgebliche Kollisionsnorm konnte, da beide Ehegatten dieselbe Staatsangehörigkeit besaßen³⁴⁸⁾, die für die persönlichen Ehwirkungen anwendbare sein, da die Erbfolge in Mobilien nicht dem Heimatrecht, sondern dem Recht des letzten Wohnsitzes unterliegt³⁴⁹⁾. Dies gilt jedoch nur, wenn man den Rückschluß auf die Alternative "Erbrecht - Ehwirkungen" beschränkt³⁵⁰⁾.

347) Fn.310

348) Bei verschiedener Staatsangehörigkeit entscheidet das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes, Cass.civ.17.4.1953, S.1953.1.181

349) Dies war allerdings nicht unbestritten. Bis zum Gesetz vom 10.8.1927, das die sog. admission à domicile aufhob, fiel das Heimatrecht und das Recht des letzten Wohnsitzes zusammen, da auch bei dem in Frankreich wohnenden Ausländer der juristische Wohnsitz (domicile de droit) in seinem Heimatland lag. Daher führte bei der Feststellung des Erbstatuts das Wohnsitzrecht automatisch zur Anwendung des Heimatrechts, so daß schließlich die Rechtsprechung gleich auf das Heimatrecht zurückgriff, ohne das Recht des letzten Wohnsitzes ausdrücklich zu erwähnen. Es wurde daher vermutet, daß auch das Urteil vom 15.3.1933 das Erbstatut meinte. In diesem Fall muß man dem Gericht allerdings unterstellen, daß es das Gesetz vom 10.8.1927 nicht beachtet habe

350) Daß einige auf das Fähigkeitsstatut schließen, wurde bereits dargestellt (§ 10 II 3)

Daß für die Schenkungen zwischen Ehegatten, auch diejenigen von Todes wegen, das Ehwirkungsstatut heranzuziehen ist, wird mit dem Schutz des Schenkungsempfängers begründet. Er soll noch zu Lebzeiten des Schenkers wissen können, ob die Schenkung wirksam ist. Das Erbstatut läßt sich erst im Augenblick des Todes ermitteln, das Ehwirkungsstatut im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Entscheidend ist nicht das Erbrecht. Ausschlaggebend ist, ob die Schenkung wirksam (im Verhältnis zu Italien) oder widerruflich (im Verhältnis zu England) und in welchem Umfang der Schenker noch Verfügungsberechtigt ist³⁵¹⁾.

Aus dieser Begründung ergibt sich auch die Begrenzung des Ehwirkungsstatuts. Dieses entscheidet lediglich über die Wirkungen unter Lebenden, die erbrechtlichen Wirkungen, wie die Herabsetzung der Schenkung zur Wahrung des Pflichterbrechts sollen nach dem Erbstatut ermittelt werden³⁵²⁾.

Allerdings möchte Malaurie³⁵³⁾ das Ehwirkungsstatut noch über den Tod hinaus wirken lassen. Sonst könne z.B. der Fall eintreten, daß der nach italienischem Recht unwirksame Schenkungsvertrag (Ehwirkungsstatut italienisches Recht) nachträglich wirksam werde, weil Erbstatut (letzter Wohnsitz

351) Batiffol S.1954.1.186

352) Batiffol S.1954.1.186

353) D.1966.372

des Schenkers in Frankreich) französisches Recht sei.
Dieses Ergebnis dürfe der Statutenwechsel³⁵⁴⁾ nicht zeitigen.

Den Schutz des Beschenkten bringt auch die Cour d'Appel de Paris in dem Urteil vom 4.7.1963³⁵⁵⁾, um das Ehwirkungsstatut zu rechtfertigen. Zusätzlich weist das Gericht darauf hin, daß die Schenkung ihre causa in den persönlichen Beziehungen der Ehegatten und den gemeinschaftlichen Banden habe und daher dem Recht unterstellt werden müsse, das für die persönlichen Ehwirkungen maßgebend ist. Daß Schenkungen unter Ehegatten, soweit sie bewegliches Vermögen betreffen, dem Recht der persönlichen Ehwirkungen unterliegen, bei verschiedener Staatsangehörigkeit dem Recht des gemeinsamen Wohnsitzes, bestätigt der Kassationshof ausdrücklich³⁵⁶⁾.

Das Schrifttum hat diese Rechtsprechung mehrfach kritisiert.

Sie geht von einem Schenkungsbegriff aus, der nicht der Praxis entspricht. Schenkungen gegenwärtigen Vermögens spielen keine nennenswerte Rolle, wenn man von den Handschenkungen und den Schenkungen absieht, die dem Gläubiger

354) Dazu unten § 11 II

355) Fn.314

356) Fn.313

den Zugriff auf das Vermögen eines Ehegatten erschweren sollen. Hauptfall der Schenkung zwischen Ehegatten ist die donation de biens à venir³⁵⁷⁾.

Die Gerichte qualifizieren nicht korrekt. Qualifiziert man nach der lex fori, so sind die Merkmale des ausländischen Instituts zu untersuchen und unter die französische Kollisionsregel zu subsumieren. Dies tun die Gerichte nicht. Vielmehr heben sie die besonderen Regeln des französischen Schenkungsrechts hervor³⁵⁸⁾, insbesondere die freie Widerruflichkeit, die in der möglichen Einflußnahme der Ehegatten begründet ist, und schließen davon auf die Anwendbarkeit des Ehwirkungsstatuts³⁵⁹⁾.

Es ist nicht folgerichtig, einerseits das Ehwirkungsstatut anzuwenden, andererseits aber zwischen Mobilien und Immobilien zu trennen. Zwar trifft die Überlegung, daß die Ehegatten das maßgebliche Recht bereits bei Abschluß des Vertrages kennen sollen, für die Anwendung der lex rei sitae zu, da sich diese nicht ändern kann. Wenn man aber die besonderen Beziehungen zwischen den Ehegatten für die Maßgeblichkeit des Ehwirkungsstatuts bemüht, so stimmt

357) Malaurie D.1966.372, Droz Journ.Not196 [1965] 253

358) Kühne, FamRZ 1969, 375

359) Goldman (Fn.313)

dies für Mobilien und Immobilien in gleicher Weise. Gerade die Entscheidung des Kassationshofs vom 15.3.1933 zeigt, daß die Praxis zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen nicht trennt: Der Ehemann gibt der Frau Geld, um ein Grundstück zu kaufen. Soll dieser Fall anders behandelt werden, wenn der Ehemann das Grundstück selbst kauft und dann der Ehefrau schenkt ?³⁶⁰⁾.

5. Erbstatut

Die Maßgeblichkeit des Erbstatuts kommt unter verschiedenen Gesichtspunkten in Betracht. Die institution contractuelle kann als Verfügung von Todes wegen angesehen werden und daher der erbrechtlichen Kollisionsnorm unterliegen (a). Das Erbstatut kann aber auch die Funktion haben, das Pflichterbrecht zu sichern (b).

Kein Problem wirft die institution contractuelle auf, die Immobilien zum Gegenstand hat. Grundstücke werden ohne weiteres der lex rei sitae unterstellt. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß nicht klar ist, ob dies eine Folge der erbrechtlichen Kollisionsnorm ist. Einige Entscheidungen, insbesondere diejenige der Cour d'Appel de Paris vom 26. 2.1964³⁶¹⁾, wenden die lex rei sitae als Erbstatut an.

360) Vgl. Malaurie 371 mit weiteren Beispielen

361) Fn. 311; so auch offensichtlich Cass. req. 7.5.1924, Clunet 52 /1925/ 126-128 (vgl. Fn. 344)

a) Faßt man kollisionsrechtlich nicht alle Schenkungsarten zusammen, sondern trennt man die Schenkung des gegenwärtigen und die Schenkung des im Augenblick des Todes vorhandenen Vermögens³⁶²⁾, so stellt die letztere einen besonderen Typ einer Verfügung von Todes wegen dar. Die donation de biens à venir ist eine Ausnahme zum Verbot der Erbverträge; durch sie wird die Erbfolge vertraglich geregelt. Hinsichtlich der freien Widerruflichkeit weisen Schenkung - zumindest diejenige, die während der Ehe erfolgt - und Testament Ähnlichkeit auf. Alle Einzelverfügungen, die ein Testament enthalten kann, können auch den Inhalt einer institution contractuelle bilden³⁶³⁾. Jedes dieser Elemente spricht dafür, die institution contractuelle auch kollisionsrechtlich wie eine Verfügung von Todes wegen zu behandeln³⁶⁴⁾.

Diese Folgerung hat auch die Rechtsprechung mehrfach gezogen. Die Entscheidung des Kassationshofs vom 8.5.1894³⁶⁵⁾

362) So auch Droz, Journ.Not.196 [1965] Art.47445 (S.253 f.)

363) de la Marnierre (Fn.311) 29

364) 58^e Congrès des notaires de France 185, Batiffol (Fn.313) 277, Le Bris (Fn.311) 339, Ponsard (Fn.314) 75, de Vos, Le problème des conflits de lois I Nr. 359

365) D.P.1894.1.355 = Clunet 21 [1894] 562

hat die institution contractuelle eines italienischen Erblassers nach dem Erbstatut beurteilt, dem damaligen internationalen Erbrecht entsprechend das Heimatrecht angewandt und die institution contractuelle als unwirksam angesehen³⁶⁶⁾. In der Sache Gaiofatto hielt die Cour d'Appel de Paris dieses Ergebnis ausdrücklich fest. Dies führte allerdings zur Wirksamkeit der institution contractuelle, da der italienische Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Frankreich hatte.

b) Es ist auch möglich, das Erbstatut nicht als Folge der Qualifikation, sondern als Schutzstatut heranzuziehen³⁶⁷⁾. Die Anwendung des Erbstatuts sichert das Pflichterbrecht. Schenkungen und Testamente werden unter dem Begriff "libéralités" zusammengefaßt; beide unterliegen den Beschränkungen der réserve. Der Schutz der Pflichterben wäre ausgehöhlt, wenn auf Grund der Parteiautonomie Pflichtteilsrechte ausgeschaltet und nur noch Legate, nicht aber die Schenkungen erfaßt würden³⁶⁸⁾. Legt man allein diese

366) Vgl. Art. 781 codice civile 1942

367) Art. 90 des Avant-projet zum internationalen Privatrecht (1956) will die Schutzfunktion ausdrücklich normieren: "En ce qui concerne les règles de fond qui ont pour but d'assurer la protection des héritiers du donateur, les donations sont soumises à la loi qui régit la succession." Der Entwurf aus dem Jahre 1967 (Fn. 259) enthält eine solche Bestimmung nicht.

368) Batiffol II Nr. 440, 640, ders. S. 1934.1.394, Rigaux Nr. 422, Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn Nr. 490, 58^e congrès des notaires de France 186, Ponsard (Fn. 314)

75

Schutzfunktion zugrunde, so ist das Erbstatut für die donation de biens présents und die donation de biens à venir maßgebend, da durch beide die réserve beeinträchtigt werden kann. Durch die Schutzfunktion des Erbstatuts läßt sich dessen zeitliche Geltung aber auch begrenzen. Sie wird erst wirksam, wenn der Erbfall eingetreten ist; für die Wirkungen unter Lebenden gilt das Erbstatut nicht, insbesondere weil die Beteiligten wissen müssen, ob der Schenkungsvertrag überhaupt wirksam ist³⁶⁹⁾.

369) Vgl. oben § 10 II 4

§ 11

Zusammenfassung: Erbeinsetzungsverträge im französischen
Kollisionsrecht. Statutenwechsel

I. Die kollisionsrechtliche Behandlung von Erbeinsetzungsverträgen

Die Gesichtspunkte, die die französische Rechtsprechung und Lehre bei der kollisionsrechtlichen Behandlung der pactes sur succession future und der institution contractuelle heranziehen, sind vielfältig und nicht immer frei von Widersprüchen. Dennoch lassen sich für Erbeinsetzungsverträge weitgehend tragende Grundsätze feststellen; in gewissem Umfang ist man allerdings auf Hypothesen angewiesen.

1. Erbstatut

Zulässigkeit, Inhalt und Wirkung von Erbeinsetzungsverträgen beurteilen sich nach dem Erbstatut. Dieser Grundsatz wurde in der Sache Gaiofatto³⁷⁰⁾ besonders deutlich herausgestellt und kann heute als gesichert gelten. Andere Kollisionsnormen werden zwar für Schenkungen generell, also auch für die institution contractuelle eingehend erörtert, können für die institution contractuelle - mit

370) Fn.311

Ausnahme des Ehwirkungsstatuts - außer Betracht bleiben, da sie allenfalls für Schenkungen unter Lebenden brauchbare Ausgangspunkte darstellen. Ob der Anwendung eines fremden Erbstatuts, das Erbverträge in weiterem Umfang als das französische Recht zuläßt, der ordre public entgegensteht, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Die Tendenz scheint dahin zu gehen, hinsichtlich des ordre public bei den pactes sur succession future zu differenzieren und zumindest Erbeinsetzungsverträge von der Vorbehaltsklausel auszunehmen.

2. Maßgeblichkeit anderer Kollisionsnormen

Besonderheiten ergeben sich daraus, daß die institution contractuelle bereits Wirkungen unter Lebenden entfaltet. Im deutschen Kollisionsrecht fehlen hierfür Regeln, da dieses vom deutschen Erbvertrag ausgeht, der zu Lebzeiten des Erblassers keine Wirkungen hat. Das französische IPR unterstellt die Fragen, welche die Eheleute vor dem Eintritt des Erbfalls interessieren, nicht einem fiktiven Erbstatut, sondern dem Ehwirkungsstatut. Hinter dieser Regel, für die einige Autoren plädieren, die in der Rechtsprechung aber noch nicht bestätigt worden ist, steht der Gedanke, daß die Parteien wissen sollen, woran sie sind. So soll sich die Möglichkeit des Widerrufs der institution contractuelle nach dem für Ehwirkungen maßgeblichen

Recht bestimmen. Dasselbe Recht wird auch darüber entscheiden müssen, ob den Vertragspartnern Möglichkeiten zur Sicherung ihres Erbrechts zur Verfügung stehen. Bei der Einsetzung durch Dritte muß indes das Ehewirkungsstatut, das nur die Beziehungen zwischen den Ehegatten betrifft, versagen. Eine Stellungnahme fehlt. Möglicherweise würde man - etwa bei den Sicherungsmöglichkeiten des institué - auf das Vertragsstatut zurückgreifen, da es um die Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs geht.

II. Statutenwechsel

1. Problematik

Die Fragen, die sich bei einem Erbvertrag aus dem Wechsel des Anknüpfungsmoments ergeben, werden im französischen Schrifttum fast nicht erörtert. Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Dies liegt zum einen daran, daß der Statutenwechsel allgemein in Anlehnung an intertemporale Konflikte behandelt wird³⁷¹⁾; zum anderen ergibt es sich daraus, daß das Kollisionsrecht der vertraglichen Erbeinsetzungen noch nicht voll geklärt ist; um so mehr fehlt eine umfassende Klärung des Statutenwechsels. Aus einzelnen Äußerungen, insbesondere zu intertemporalen Konflikten, lassen sich immerhin einige Grundsätze entwickeln.

371) Batiffol I Nr.320, Scheuermann 125

Im Verhältnis von Deutschland zu Frankreich sind verschiedene Fälle denkbar, in denen ein Statutenwechsel aktuell wird. Die Fälle sind aber nur dann bedeutsam, soweit der Nachlaß aus Mobilien besteht; bei Grundstücken ist wegen der Geltung der *lex rei sitae* ein Statutenwechsel unerheblich.

a) Deutsche Ehegatten mit Wohnsitz in München errichten während der Ehe vor einem deutschen Notar einen Erbvertrag. Sie verziehen später nach Frankreich, wo der Ehemann verstirbt. Kann sich die Ehefrau vor einem französischen Gericht, das auf die Erbfolge französisches Recht anwenden wird (letzter Wohnsitz in Frankreich), auf den Erbvertrag berufen ? (Eingangstatutenwechsel)

b) Französische Ehegatten mit Wohnsitz in Frankreich setzen sich im Ehevertrag durch eine *institution contractuelle* zu Erben ein. Sie ziehen nach Deutschland, heben vor einem deutschen Notar die *institution contractuelle* gemeinsam auf und errichten Testamente, die den Verfügungen der *institution contractuelle* widersprechen. Wird ein französischer Richter die Testamente anerkennen ? (Ausgangstatutenwechsel)

2. Erbverträge im intertemporalen Recht

Ändern sich die Rechtsnormen, die die Zulässigkeit und

die Voraussetzungen eines Erbvertrages regeln, so ist die Rechtslage maßgeblich, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses galt. Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt. Die Gesetzgebung hat ihn ausdrücklich für deutsche Erbverträge niedergelegt, die vor dem 1.1.1925 in Elsaß-Lothringen abgeschlossen wurden³⁷²⁾. Rechtsprechung³⁷³⁾ und Schrifttum³⁷⁴⁾ haben den Grundsatz für die institution contractuelle bestätigt; diese zeitige als Vertrag Wirkungen, die durch eine Änderung der Rechtslage nicht aus der Welt geschafft werden. So wird die Befugnis des instituant, über Gegenstände zu verfügen, nach dem Recht beurteilt, das bei Vertragsabschluß bestand³⁷⁵⁾. Pflichtteilsrechte werden allerdings stets nach dem Recht bestimmt, das im Zeitpunkt des Todes galt³⁷⁶⁾.

3. Statutenwechsel

Für den Statutenwechsel sind vor allem die Äußerungen des Schrifttums interessant, die den Vertrauensschutz des institué betonen. Es wurde bereits ausgeführt, daß die Maßgeblichkeit des Ehwirkungsstatuts auch deshalb erwogen wird, um den Parteien Klarheit über ihre Rechtsposition,

372) Fn.53; auch im italienischen Recht, das Erbverträge völlig ablehnt, wurden die unter der Herrschaft des österreichischen ABGB wirksam errichteten Erbverträge als gültig angesehen, vgl.Triest 4.7.1938, Giur.it.1938 I. 2.445 (448)

373) Cass.civ.15.1.1952, S.1954.1.185 mit Anm.Batiffol = Sem.jur.1952 II 6944 mit Anm.Cavarroc

374) Roubier 396 f.

375) Roubier 396 f.

376) Cass.civ.14.6.1948, Sem.jur.1949 II 4601 mit Anm.Roubier

insbesondere über die Möglichkeit des Widerrufs zu verschaffen. Malaurie³⁷⁷⁾ weist darauf hin, daß die nach dem - etwa italienischen-Ehewirkungsstatut nichtige institution contractuelle nicht durch ein abweichendes Erbstatut wirksam werden dürfe. Diese einzelnen Stellungnahmen legen nahe, unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes das Errichtungsstatut für maßgeblich zu halten, wobei allerdings zweifelhaft ist, ob bei Erbverträgen unter Ehegatten Errichtungsstatut ein fiktives Erbstatut oder das Ehewirkungsstatut ist.

Sieht man das Errichtungsstatut als maßgeblich an, so läßt sich zu den Eingangsfällen folgendes erwägen.

Im Fall a) müßte das französische Gericht den nach dem Ehewirkungsstatut und nach dem Erbstatut zur Zeit der Errichtung wirksamen Erbvertrag auch in Frankreich anerkennen. Diese Feststellung wird allerdings dadurch entwertet, daß sich nicht ausschließen läßt, ein französisches Gericht werde den ordre public heranziehen, und zwar entweder als ordre public international, um das Errichtungsstatut auszuschalten, oder als ordre public interne, um dem französischen Recht als Erbstatut Geltung zu verschaffen. Das Urteil der Cour d'Appel de Colmar vom 19.2.1949³⁷⁸⁾, das auch inter-

377) Fn.353

378) Fn.246

temporale Erwägungen nicht angestellt hat, kann diese Befürchtung nur bestätigen.

Im Fall b) braucht der Vertrauensschutz nicht bemüht zu werden, da die Partner den Erbvertrag einverständlich aufheben. Dennoch läßt sich nicht sicher sagen, daß dieser Schluß auch von einem französischen Richter gezogen wird, da die Unwiderruflichkeit ein wichtiges Kennzeichen der institution contractuelle ist. Er wird daher vielleicht die von der institution contractuelle ausgehende Bindung auch nach dem Statutenwechsel französischem Recht unterstellen und die Testamente nicht anerkennen.

§ 12

Erbverträge im deutschen Kollisionsrecht

I. Internationale Erbverträge in der deutschen Rechtsprechung

1. Vorbemerkung

Die Kollisionen, die sich daraus ergeben, daß manche Länder Erbverträge unbeschränkt, andere hingegen nur beschränkt oder gar nicht zulassen, haben die deutschen Gerichte seit langem beschäftigt. Praktisch bedeutsam sind vor allem Erbverträge von Niederländern und Österreichern. Für deutsch-französische Erbverträge ist vor allem die Zeit bis 1900 ergiebig, weil innerhalb des Deutschen Reiches deutsches Recht mit dem in Baden und im Rheinland geltenden Code civil zusammentraf. Die Rechtsprechung ist im Vergleich zu anderen Materien des IPR jedoch spärlich; dennoch können die folgenden Entscheidungen wertvolle Hinweise für das Kollisionsrecht der Erbverträge geben.

2. Die Rechtsprechung

a) Die Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des BGB

Bis zum Inkrafttreten des BGB hatten sich die deutschen Gerichte vor allem mit interlokalen Konflikten zu befassen,

die zwischen den Ländern des Code civil und denen des gemeinen Rechts entstanden. Bedeutsam waren besonders Fälle des Statutenwechsels: Der Erblasser schloß etwa in Hamburg einen nach dortigem Recht nichtigen Vermächtnisvertrag und verlegte dann seinen Wohnsitz in ein Gebiet des gemeinen Rechts, das einen solchen Vertrag zuließ³⁷⁹⁾. Oder: Der Erblasser schloß - meist mit seiner Ehefrau - in einem Land des gemeinen Rechts einen Erbvertrag, verstarb aber an einem Wohnsitz, wo der Code civil maßgeblich war³⁸⁰⁾.

Erbstatut war grundsätzlich das Recht des letzten Wohnsitzes. Dieses hatte über die Zulässigkeit der erbvertraglichen Einsetzung zu entscheiden³⁸¹⁾. Allerdings wurde bei den Fällen des Statutenwechsels das Recht des Errichtungsortes berücksichtigt. War der Erbvertrag nach dem Recht des Errichtungsortes unzulässig, so konnte ihn der Wechsel des Domizils nicht konvaleszieren³⁸²⁾. Später erkannte das Reichsgericht Erbverträge, die in einem Land des gemeinen Rechts errichtet worden waren, auch in den Gebieten des Code civil unter dem Gesichtspunkt der wohlerworbenen Rechte an³⁸³⁾.

379) RG 7.3.1893, RGZ 31, 154-156

380) RG 19.4.1898, RGZ 41, 350-354 = NiemeyersZ 8 [1898] 412

381) OAG Lübeck 17.3.1874, Seufferts Archiv 32 [1877] 134-136; von Savigny VIII 314 f.

382) RGZ 31, 155 f., OLG Hamburg 2.11.1898, Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt 1899, 109

383) RGZ 41, 352 f., anders allerdings im gleichen Verfahren das Berufungsgericht OLG Köln v. 23.11.1897, NiemeyersZ 8 [1898] 48-50, das dem Erbvertrag die Wirksamkeit versagte, weil er gegen den ordre public verstoße (vgl. Fn. 75)

b) Die deutsche Rechtsprechung unter der Herrschaft des BGB

(a) OLG Colmar Urteil vom 28.1.1914³⁸⁴⁾

Ein Angehöriger des schweizerischen Kantons Luzern schenkt durch notarielle Urkunde vom 1.10.1897 in Troyes (Frankreich) sein gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen seiner Ehefrau. Die Urkunde entsprach in Form und Ausdrucksweise den Artt.1091 ff. Der Erblasser widerrief die Schenkung durch ein späteres Testament.

Zulässigkeit und Inhalt der Schenkung, die das Gericht als Erbvertrag ansah, beurteilten sich nach französischem Recht; denn das an sich maßgebliche schweizerische Recht läßt über den Inhalt eines Erbvertrages das Recht des Wohnsitzes des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses entscheiden (Art.25 Satz 1 NAG). Die Ehefrau brachte vor, sie und ihr Ehemann hätten einen unwiderruflichen Ehevertrag gemäß § 468 Luzerner BGB schließen wollen. Das Gericht schloß sich dem nicht an; es sei nicht möglich, ein nach dem maßgeblichen materiellen Recht verbotenes Rechtsverhältnis zu schaffen. Die Schenkung sei daher wirksam widerrufen.

384) Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen 40
1915⁷ 78-83

(b) OLG München Urteil v.23.10.1915³⁸⁵⁾

Österreichische Ehegatten schließen 1907 einen Erbvertrag. Der Ehemann verstirbt an seinem Wohnsitz in Bayern. Die Zulässigkeit des Erbvertrages richtet sich nach dem österreichischen Recht als Erbstatut. Danach kann der Erblasser durch den Erbvertrag auf das Testierrecht nicht völlig verzichten; ein Viertel des Nachlasses bleibt der letztwilligen Verfügung vorbehalten (§ 1253 ABGB).

(c) Kammergericht Beschluß vom 10.4.1941³⁸⁶⁾

Holländische Eheleute mit Wohnsitz in Trier schließen während der Ehe einen Ehe- und Erbvertrag deutschen Rechts, in dem sie sich gegenseitig zu Vorerben und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu Nacherben einsetzen. Nach dem Tode der Ehefrau beantragt der Ehemann einen Erbschein gemäß § 2369 BGB des Inhalts, daß er Vorerbe und die Kinder der Nacherben seien.

Erbstatut war niederländisches Recht, da dieses nicht auf das deutsche Recht zurückverweist. Das Gericht lehnte es insbesondere ab, deshalb deutsches Recht anzuwenden, weil die Eheleute schon lange in Deutschland gelebt und jede

³⁸⁵⁾ OLGRspr.32 /1916/50-51

³⁸⁶⁾ HRR 1941 Nr.846 = DR 1941, 1611-1612

Verbindung mit ihrer Heimat verloren hätten³⁸⁷⁾. Dieser Gesichtspunkt sei nur erheblich, wenn das holländische Recht wegen der engen Verbindung des Erblassers zu Deutschland auf das deutsche Recht zurückverweise; dies sei aber nicht der Fall.

Das niederländische Recht verbietet zweiseitige Verfügungen von Todes wegen während der Ehe. Der Erbvertrag war daher in vollem Umfang unwirksam, so daß gesetzliche Erbfolge eintrat.

(d) LG Berlin Urteil vom 3.4.1950³⁸⁸⁾

Italienische Eheleute schließen einen Erbvertrag, in dem ein Vermächtnis bezüglich eines in Deutschland belegenen Grundstücks ausgeworfen wird. Später errichtet der Ehe-
mann ein notarielles Testament, in dem er die vertragliche Zuwendung widerruft.

Da eine Rückverweisung durch das italienische Recht nicht stattfindet (Art.23 disp.prel.), war Erbstatut das italienische Recht. Art.458 cod.civ. verbietet jede Art von Erbvertrag; das Vermächtnis war daher unwirksam. Ob die erb-

387) Diesen Gesichtspunkt bespricht Dölle, RabelsZ 30
/1966/ 231; vgl. unten § 12 V

388) IPRspr. 1950/51 Nr.69 = RabelsZ 17 (1952) 130-134
mit Anm.Neumayer

vertragliche Bestimmung in ein Testament umzudeuten sei, ließ das Gericht dahingestellt, da sie das spätere Testament jedenfalls widerrufen habe.

(e) OLG Düsseldorf Beschluß vom 6.2.1963³⁸⁹⁾

Holländische Ehegatten schließen während der Ehe in Deutschland einen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre Kinder zu Erben des Überlebenden einsetzen. Sie hatten in Düsseldorf ihren Wohnsitz. Später errichtete der Ehemann ein privatschriftliches Testament, das die Einsetzung einer Tochter zur Alleinerbin enthielt. Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob der Ehemann durch den Erbvertrag gehindert war, das privatschriftliche Testament zu errichten.

Erbstatut war das niederländische Recht, das zweiseitige Verfügungen von Todes wegen verbietet (Art. 977 BW). Dieses Verbot sei nicht nur eine Formvorschrift, deren Nichtbeachtung gemäß Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB unschädlich sei. Ihm komme vielmehr materiellrechtliche Bedeutung zu, da das niederländische Recht jede Bindung des Erblassers hinsichtlich seines letzten Willens ablehne. Das Gericht ließ unerörtert, ob der Erbvertrag schlechthin unwirksam sei,

389) IPRspr. 1962/63 Nr. 149 = NJW 1963, 2227-2230

oder ob die erbvertraglichen Bestimmungen als selbständige, voneinander unabhängige Einzelverfügungen ohne Bindungswirkung betrachtet werden könnten. Auch wenn nur das letztere zutrefte, sei der Erblasser nicht gehindert gewesen, durch ein späteres Testament anders zu verfügen.

(f) OLG Düsseldorf Beschluß vom 26.8.1963³⁹⁰⁾

Ein niederländischer Staatsangehöriger schließt unmittelbar vor seiner Heirat einen notariellen Ehe- und Erbvertrag. Darin setzen die Eheleute sich gegenseitig zu Alleinerben ein. Der Überlebende beruft die Abkömmlinge zu seinen Erben.

Erbstatut war wegen Fehlens einer Rückverweisung das niederländische Recht. Das Gericht entschied nicht die umstrittene Frage³⁹¹⁾, ob das Erbstatut dem Güterrechtsstatut weicht, weil der Erbvertrag zusammen mit dem Gütervertrag abgeschlossen wurde. Auch für die güterrechtlichen Wirkungen war niederländisches Recht maßgebend, so daß es auf die Frage nicht ankam.

Das Gericht sah den Erbvertrag als inhaltlich wirksam an. Es ließ dahinstehen, ob das Verbot der Erbverträge in Art. 977 BW eine Formvorschrift sei, die wegen Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB außer Betracht bleiben könne. Der Erbvertrag

³⁹⁰⁾ IPRspr. 1962/63 Nr. 151

³⁹¹⁾ Dazu unten § 12 III 2 b) bb)

sei nämlich nach niederländischem Recht zulässig, weil er Bestandteil eines vor der Heirat eingegangenen Ehevertrages sei. Das niederländische Recht (wie auch das französische) lasse zu, im Ehevertrag den Nachlaß betreffende Zuwendungen zu machen. Daß das niederländische Recht den Begriff des Erbvertrages nicht verwende, sei unerheblich, wenn der Vertrag inhaltlich zugelassen sei.

II. Deutsches internationales Erbrecht

Das deutsche Kollisionsrecht folgt dem Prinzip der Nachlaßeinheit. Die Erbfolge in das bewegliche und unbewegliche Vermögen richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Augenblick des Todes angehörte. Diese Kollisionsnorm, die den Artt.24 Abs.1 und 25 Satz 1 EGBGB entnommen wird, ist einhellig anerkannt³⁹²⁾.

Das Heimatrecht des Erblassers entscheidet alle erbrechtlichen Fragen; es sagt daher auch, ob und in welchem Umfang der Erblasser die Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen regeln kann³⁹³⁾. Was unter dem Begriff "Verfügung von Todes wegen", den Art.24 Abs.3 Satz 1 verwendet, zu verstehen ist, ist zunächst dem deutschen materiellen Recht zu entnehmen. Verfügungen von Todes wegen sind demgemäß das Testament, der Erb-

392) Soergel (-Kegel) Randnr.3 vor Art.24

393) Soergel (-Kegel) Randnr.26 vor Art.24

vertrag und der Erbverzicht. Vorbehaltlich der Sonderregelung in Artt. 27 und 28 EGBGB ist daher dem Heimatrecht des Erblassers zu entnehmen, ob eine vertragliche Erbeinsetzung möglich ist.

Anders als das französische Kollisionsrecht enthält das deutsche IPR somit - zumindest mittelbar³⁹⁴⁾ - eine gesetzliche Regel für Erbverträge mit Auslandsberührung. Weil das anwendbare Recht eindeutig festgelegt ist, spielt der äußere Rahmen des Vertrages auch als gedanklicher Ansatz bei der Bestimmung der Kollisionsnorm keine Rolle³⁹⁵⁾.

394) Der erste Gebhard'sche Entwurf hatte für Erbverträge eine besondere Regelung vorgesehen (§ 29 Abs. 3): "Erbverträge werden nach dem Rechte des Staates beurteilt, welchem der Vertragserblasser zur Zeit der Errichtung angehört. Ob ein Erbvertrag Pflichtteilsrechte verletzt und welche Folgen die Verletzung hat, wird nach dem im Abs. 1 bezeichneten Rechte (letztes Heimatrecht des Erblassers) beurteilt." Von anderen ausländischen Kollisionsrechten enthalten ausdrückliche Normen für Erbverträge: Art. 64 des portugiesischen Código civil, Art. 25 des schweizerischen NAG sowie § 42 des tschechoslowakischen Gesetzes vom 11.3.1948

395) Lediglich Zitelmann II 965 deutet an, daß der Vertragsnatur kollisionsrechtlich keine Bedeutung zukomme. Eben- sowenig läßt sich von Savigny VIII 314 f. eine solche Überlegung entnehmen. Er wendet auf Erbverträge das Recht am Wohnsitz des Erblassers an. "Diese Regel folgt aus der Analogie der Testamente. Sie scheint aber nicht minder begründet, wenn man dabei das örtliche Recht der Verträge als maßgebend ansehen will. Denn für das Vermögen als Ganzes kann der Wohnsitz des Verstorbenen als Erfüllungsort des Erbvertrages angesehen werden". Diesem Satz läßt sich nicht entnehmen, daß von Savigny auf Erbverträge das Vertragsstatut anwenden wollte; er ist vielmehr nur als Hilfsbegründung für diejenigen anzusehen, die - wie das französische Recht - die Erbverträge im Recht der Schuldverträge ansiedeln

III. Qualifikation von Erbverträgen

1. Ausgangspunkt

a) Begriff der Qualifikation

Eine Kollisionsnorm kann die von ihr gebrauchten Begriffe nicht allein mit Inhalten ausfüllen, die sie aus dem eigenen Sachrecht schöpft. Sie muß auch diejenigen ausländischen Institute erfassen, die - selbst bei Unterschieden in der Konstruktion - den Begriffen des internen Sachrechts wesensmäßig entsprechen. Welche ausländischen Geschäfte unter den Begriff der Verfügung von Todes wegen fallen, ist daher durch Qualifikation zu ermitteln.

b) Methode der Qualifikation

Die grundsätzliche Problematik des Qualifikationsproblems sowie die dazu entwickelten Theorien sind hier nicht darzustellen. Dies ist auch nicht nötig; für die folgenden Ausführungen genügt es, sich an einer modifizierten *lex fori*-Qualifikation zu orientieren, wie sie in der modernen Rechtsprechung und im Schrifttum vorherrscht.

Qualifikation ist Auslegung der Kollisionsnorm. Diese baut auf den Systembegriffen des deutschen Sachrechts auf. Wie die Kollisionsnorm zu verstehen ist, ist daher grundsätzlich nach deutschem Recht zu entscheiden³⁹⁶⁾. An diesem Punkt kann die Auslegung aber nicht stehenbleiben. Vielmehr sind "die Vorschriften des ausländischen Rechts, insbesondere wenn sie eine dem deutschen Recht unbekannte Rechtsfigur enthalten, nach ihrem Sinn und Zweck zu erfassen, ihre Bedeutung vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu würdigen und mit Einrichtungen der deutschen Rechtsordnung zu vergleichen. Auf der so gewonnenen Grundlage ist sie den aus den Begriffen und Abgrenzungen der deutschen Rechtsordnung aufgebauten Merkmalen der deutschen Kollisionsnormen zuzuordnen"³⁹⁷⁾. Die Rechtsbegriffe der Kollisionsnorm erfassen daher alle ausländischen Re-

396) Soergel (-Kegel) Randnr.40 vor Art.7; Staudinger (-Raape) 17

397) BGH 19.12.1958, BGZ 29, 137-148 (139)

gelingen, deren Zweck der deutschen Kollisionsnorm entspricht, auch wenn dadurch das Begriffsfeld der deutschen Norm verschoben und erweitert wird³⁹⁸⁾. Man kann daher von einer funktionellen Auslegung der Kollisionsnorm (Qualifikation) sprechen³⁹⁹⁾.

2. Qualifikation von deutsch-französischen Erbverträgen

a) Einführung

Bei deutsch-französischen Erbverträgen hat das Qualifikationsproblem verschiedene Aspekte. Zunächst stellt sich die Frage, ob die institution contractuelle als Verfügung von Todes wegen und, wenn dies zu bejahen ist, als Erbvertrag oder Testament anzusehen ist. Diese Prüfung muß aber auch in umgekehrter Richtung vorgenommen werden. Wird ein Erbvertrag nach deutschem Muster abgeschlossen und ist Erbstatut französisches Recht, so ist zu ermitteln, ob das französische Sachrecht den Erbvertrag zuläßt. Dies erfordert, im französischen Sachrecht nach Instituten zu suchen, die in der Funktion dem deutschen Erbvertrag entsprechen. Da sich die Rechtsinstitute in den verschiedenen Ländern oft nicht decken, ist zu untersuchen, ob eine

398) BGH 22.3.1967, BGHZ 47, 324-339 (336)

399) Neuhaus 79 f.; Kropholler, RabelsZ 34 [1970] 777

etwaige abweichende Funktion des ausländischen Gebildes rechtfertigt, eine andere Kollisionsnorm als die erbrechtliche heranzuziehen. Hier kommt das Ehegüter- und das Ehwirkungsstatut in Betracht. Schließlich kann man die Frage der Zulässigkeit des Erbvertrages als eine solche der Form ansehen, so daß dieser auch gültig wäre, wenn das Recht des Errichtungsortes ihn zuläßt, das Erbstatut ihn aber verbietet.

b) Die Qualifikation der institution contractuelle

Ebenso wie im französischen materiellen Recht sind auch für das deutsche Kollisionsrecht drei Typen der institution contractuelle zu unterscheiden⁴⁰⁰): Die institution durch Dritte im Ehevertrag (aa), durch die Ehegatten im Ehevertrag (bb) und durch die Ehegatten während der Ehe (cc).

(aa) Zweck dieses Vertrages, dessen praktische Bedeutung heute wohl, verglichen mit den beiden anderen Typen, gering ist, ist es, daß der Dritte den oder dem Ehegatten das im Augenblick des Todes vorhandene Vermögen schenkt.

400) Dazu oben § 4 I

(1) Die Qualifikation dieses Vertrages als güterrechtlich scheidet aus, obwohl die institution contractuelle durch den Dritten im Ehevertrag erfolgen muß. Art. 15 EGBGB erfaßt die Rechtssätze, die das Vermögen von Mann und Frau einer Sonderordnung unterstellen. Er bezieht sich auf die vermögensrechtliche Ordnung zwischen den Ehegatten, nicht jedoch auf Verträge, die Dritte mit den Eheleuten abschließen. Solche Verträge unterliegen eigenem Recht⁴⁰¹).

(2) Die Charakterisierung der institution contractuelle bereitet dem französischen Schrifttum auch im materiellen Recht Schwierigkeiten. Die Autoren betonen den heterogenen Charakter der institution contractuelle. Ein Teil des Schrifttums sieht das Element der 'libéralités entre vifs' als vorherrschend an⁴⁰²). Nach dieser Ansicht kommt es nicht so sehr auf den Gegenstand als auf die Form, den Rahmen des Vertrages an. Andere Schriftsteller betonen den Zweck des Vertrages, der einer Verfügung von Todes wegen gleichkomme. "Elle (l'institution contractuelle) crée, non un donataire, mais un successible"⁴⁰³). Diese Auffassung wird dadurch erhärtert, daß die Rechtsprechung in der in-

401) Soergel (-Kegel) Randnr. 20 zu Art. 15

402) Jossierand III Nr. 1766, Donnier, Rev. trim. dr. civ. 54
/1956/ 639: "L'élément successoral est absorbé par
l'élément conventionnel."

403) Colin/Capitant, Cours III Nr. 1734

stitution contractuelle den Widerruf eines früheren Testaments sieht⁴⁰⁴⁾.

Die Einordnung der institution contractuelle in das französische Sachrecht kann nur ein Indiz für die deutsche Qualifikation sein, zumal die französische Qualifikation zweifelhaft ist.

Für die Qualifikation als erbrechtlich spricht zunächst allgemein, daß der instituant durch den Vertrag das Schicksal seines Vermögens oder eines Teils davon für den Todesfall regeln will. Daneben bietet sich aber auch eine Parallele zwischen der französischen Einordnung in das Schenkungsrecht und § 2301 BGB. Diese Bestimmung gliedert den Begriff der Schenkung von Todes wegen in letztwillige Verfügungen und Schenkungen unter Lebenden (Abs.1 und 2). Liegt eine Verfügung von Todes wegen vor, so verweist § 2301 bei einer vertraglichen Vereinbarung auf die Erbverträge.

Es ist deshalb zu prüfen, ob die institution contractuelle unter § 2301 BGB erfaßt werden kann. Das Unterscheidungsmerkmal zu Abs.2 und damit zum Geschäft unter Lebenden liegt in der Vollziehung der Schenkung. Die institution contrac-

404) Cour d'Appel de Paris 30.6.1961, Journ.Not.194
/1963/ Art.46907 entschieden für eine institution
contractuelle unter Ehegatten; die Widerrufswirkung
tritt allerdings nur ein, wenn der institué den in-
stituant überlebt

tuelle führt zu keinerlei Eigentumserwerb des institué; sie vermittelt ihm zwar gewisse Sicherungsmöglichkeiten, nicht aber ein dingliches Recht an den Gütern, auf die sich der Vertrag bezieht. Ein Vollzug der Schenkung liegt daher vor dem Tode des instituant nicht vor. Der institué bekommt nur die Erbenstellung "geschenkt", nicht mehr. Die institutioncontractuelle ist daher eine Verfügung von Todes wegen, und weil sie vertraglich erfolgt, ein Erbvertrag oder genauer ein Vermächtnisvertrag, da Erbe im eigentlichen Sinn nach französischem Recht nur der gesetzliche Erbe ist⁴⁰⁵⁾.

(bb) Die institution contractuelle, die Ehegatten im Rahmen eines Ehevertrages vereinbaren, unterscheidet sich in der kollisionsrechtlichen Behandlung grundsätzlich nicht von der institution contractuelle durch Dritte.

(4) Die Maßgeblichkeit des Ehegüterstatuts läßt sich allerdings nicht deshalb verneinen, weil Dritte am Ehevertrag beteiligt sind. Die Meinungen sind geteilt, ob der von Ehegatten im Ehevertrag abgeschlossene Erbvertrag nach dem für den Ehe-

⁴⁰⁵⁾ Ferid/Firsching, Frankreich, Grundzüge Randnr.150, Siebert, Schenkung 154 f., Winkler 268; ähnlich Wengler, Gutachten Nr.116 (S.805): "Erbrechtlicher Vorgang"

vertrag maßgeblichen Recht zu beurteilen ist⁴⁰⁶⁾. Neubecker⁴⁰⁷⁾, Raape⁴⁰⁸⁾ und wohl auch Marquardt⁴⁰⁹⁾ möchten den Erbvertrag dem Ehegüterstatut unterstellen. Raape weist besonders auf den engen Zusammenhang hin, der bei den Erbverträgen des Code civil zwischen Ehe- und Erbvertrag bestehe, um seine Ansicht zu begründen.

(2) Wenn es auch de lege ferenda wünschenswert erscheinen mag, Ehegüter- und Erbstatut demselben Recht zu unterstellen, so läßt sich doch nicht übersehen, daß das geltende Recht beide Statuten trennt. Trotz der formalen Zusammenfassung und auch gewisser materieller Berührungspunkte zwischen Ehe- und Erbvertrag⁴¹⁰⁾, regelt das Vertragsgebilde zwei Komplexe, nämlich einen güterrechtlichen und einen erb-

406) Die Zuordnung zum Ehegüter- oder Erbrecht kann in folgendem Fall (etwa bei einem Staatsangehörigkeitswechsel des Erblassers) Bedeutung erlangen, wobei Ehegüterstatut französisches, Erbstatut hingegen deutsches Recht sein soll: Die Ehegatten heben den im Ehevertrag vereinbarten Erbvertrag wieder auf und errichten von diesem Erbvertrag abweichende Testamente. Unterstellt man die institution contractuelle dem französischen Recht als Ehegüterstatut, so ist die Aufhebung unwirksam, da die institution contractuelle auch einverständlich nicht aufgehoben werden kann. Qualifiziert man dagegen erbrechtlich, so bestehen gegen die Aufhebung keine Bedenken, da diese nach deutschem Recht zulässig ist (§ 2290 BGB)

407) Neubecker 301, allerdings nicht eindeutig

408) Raape, Internationales Privatrecht 335

409) Erman (Marquardt) Anm. 4 h zu Art. 15

410) Oben § 4 II 4

rechtlichen, die nicht nur sachrechtlich⁴¹¹⁾, sondern auch kollisionsrechtlich unterschiedlich zu beurteilen sind⁴¹²⁾.

Eine Verfügung von Todes wegen, wie sie die institution contractuelle darstellt⁴¹³⁾, wird nicht dadurch zu einer güterrechtlichen Vereinbarung, daß sie lediglich im Rahmen eines Ehevertrages abgeschlossen wird. Die institution contractuelle zwischen Ehegatten im Ehevertrag (wie auch die clause commerciale) stellen einen Erbvertrag dar, dessen Inhalt und Wirkungen sich nach dem Erbstatut richten.

(cc) Die bisherigen Ausführungen zur institution contractuelle im Ehevertrag legen nahe, auch die institution contractuelle, die die Ehegatten während der Ehe vereinbaren, als erbrechtlich zu qualifizieren. Der unterschiedliche Zeitpunkt (während der Ehe) und die freie Widerruflichkeit beeinflussen nicht diese Qualifikation. Sie ist daher eine Verfügung von Todes wegen. Das Erbstatut entscheidet daher, welche Wirkungen diese Verfügung entfaltet. Dennoch ist diese Feststellung abzugrenzen und zu präzisieren.

411) Soergel (-Gaul) Randnr.5 zu § 1408

412) Soergel (-Kegel) Randnr.33 zu Art.15, Frankenstein IV 530, Nußbaum 364, Winkler 268; OLG Düsseldorf v.26.8.1963 läßt die Frage dahingestellt, weil Ehegüter- und Erbstatut identisch waren

413) Droz, Questionnaire et Commentaire sur le droit international privé des successions 12 zählt zu den "dispositions à cause de mort" 1) testaments, 2) donation mutuelle entre époux au bénéfice du conjoint survivant du type français, 3) pactes successoraux

(1) Zunächst könnte man erwägen, die institution contractuelle, die ein Geschäft zwischen Ehegatten darstellt, nicht nach dem Erbstatut, sondern nach dem für die Ehwirkungen geltenden Recht, eventuell auch nach dem Ehegüterstatut zu beurteilen. Diese Auffassung würde die institution contractuelle ähnlich wie andere Geschäfte unter Ehegatten, etwa Kaufverträge oder Gesellschaften, behandeln. Bei näherer Prüfung ergibt sich jedoch, daß die kollisionsrechtliche Gleichstellung mit anderen Verträgen unter Ehegatten verfehlt ist.

Verträge unter Ehegatten spielen im internationalen Privatrecht immer dann eine Rolle, wenn sie eine bestimmte Rechtsordnung nicht erlaubt. Die Frage wird aber bei der institution contractuelle nicht aktuell, da das französische Recht diese Form der Schenkung unter Ehegatten nicht verbietet.

Bedeutsam könnte die Frage jedoch bei der Widerruflichkeit der institution contractuelle werden. Zwar sind für die französische institution contractuelle Konflikte nicht denkbar, weil diese frei widerruflich ist. Schließen dagegen die Ehegatten in der institution contractuelle das Widerrufsrecht aus oder vereinbaren sie - was praktisch häufiger vorkommen wird, aber dasselbe ist - einen Erbver-

trag deutschen Rechts, so ist fraglich, ob sich die Zulässigkeit des Ausschlusses und eines dennoch erfolgten Widerrufs nach dem Erb-, Ehegüter- oder Ehwirkungsstatut richtet. Obwohl die Widerruflichkeit von Schenkungen unter Ehegatten je nach dem Sinn der ausländischen Regelung teils den Ehwirkungen, teils dem Ehegüterrecht unterstellt wird⁴¹⁴⁾, ist es verfehlt, auch bei einer unwiderruflichen institution contractuelle auf die Vertragspartner abzustellen, um die maßgebliche Kollisionsnorm zu ermitteln. Ausschlaggebend ist nicht, daß das französische Recht bestimmte Erbverträge zwischen Ehegatten verbietet, sondern daß es grundsätzlich den Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen ablehnt, mithin auch denjenigen, den die Ehegatten unwiderruflich während der Ehe abschließen. Auch wenn zu dem Bündel von Motiven, auf denen das Erbvertragsverbot beruht, das Mißtrauen gegenüber Verträgen unter Ehegatten gehört, darf man nicht aus den Elementen Schenkung/Ehegatten/Todesfall eines herausgreifen, sondern muß den Inhalt des Vertrages qualifizieren, der eben erbrechtlich ist. Über den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen entscheidet aber das Erbstatut⁴¹⁵⁾.

Das Urteil der Cour de Cassation vom 15.2.1966⁴¹⁶⁾ steht dieser Qualifikation nicht entgegen; dort handelte es sich

414) Ferid, Vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe 136

415) Winkler 225 für den Widerruf einer Schenkung von Todes wegen

416) Fn. 313

um die Widerruflichkeit einer Schenkung unter Lebenden. Im Gegenteil: In dem Urteil der Cour d'Appel de Colmar vom 19.2.1949⁴¹⁷⁾ wurde bei einem deutschen Erbvertrag unter Ehegatten die Möglichkeit eherechtlicher Kollisionsnormen nicht einmal angedeutet, sondern sofort erbrechtlich qualifiziert.

(2) Ist die institution contractuelle während der Ehe eine Verfügung von Todes wegen, so ist die weitere Frage, ob sie als Testament oder als Erbvertrag anzusehen ist. Für die Eigenschaft als Testament spricht, daß sie keinerlei Bindung der Vertragsparteien erzeugt, sondern ebenso wie ein Testament frei widerruflich ist. In diese Richtung gehen die Überlegungen Voirins^{417a)}, der von einem "testament contractuel" spricht. Gleichwohl ist eine derartige Einordnung unrichtig. Zunächst verbindet sich mit dem Begriff 'Testament' eine bestimmte überkommene Vorstellung von einem einseitigen Geschäft, die für die institution contractuelle nicht paßt. Sodann läßt sich allein aus der Tatsache, daß die institution contractuelle dem Testament ähnliche Wirkungen hervorbringt, nicht die Identität beider Institute ableiten. Was die für einen Vertrag typischen Elemente sind, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls gehört dazu nicht die Bindungs-

417) Fn.246

417a)Fn.179

wirkung. Die schriftliche sachenrechtliche Einigung (§ 873 BGB) ist ein Vertrag, auch wenn sie die Parteien nicht bindet (§ 873 Abs.2 BGB). Ebensowenig ist der Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt (§ 2293) als gemeinschaftliches Testament anzusehen, obwohl er sich nicht von diesem vor dem Tode eines Ehegatten materiell unterscheidet⁴¹⁸⁾.

Wenn das interne Recht eine Gleichstellung nicht vornimmt, ist diese auch nicht bei der Qualifikation ausländischer Rechtsinstitute geboten. Die während der Ehe erfolgte institution contractuelle läßt sich daher am ehesten als Erbvertrag bezeichnen, in dem beide Ehegatten sich den Rücktritt vorbehalten haben, ohne daß dieser gegenüber dem Partner erklärt werden muß⁴¹⁹⁾.

418) Schulz-Zabel 66

419) Die Frage kann praktisch bedeutsam sein, wie der folgende Fall zeigt, über den das Amtsgericht Bad Reichenhall (AZ: VI 203/67) zu entscheiden hatte. Ehegatten vereinbarten während der Ehe in notarieller Urkunde eine institution contractuelle. Die Ehefrau und spätere Erblasserin widerruf die 'Schenkung' durch ein privatschriftliches Testament. Erbstatut war deutsches Recht. Streitig war die Wirksamkeit des Widerrufs. Auch hier handelt es sich nicht um ein Qualifikations- sondern um ein Substitutionsproblem. Sieht man in der institution contractuelle ein Testament, so hatte die Erblasserin es wirksam widerrufen (Palandt(-Keidel) Anm.1 zu § 2254). Faßt man sie dagegen als Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt auf, so war der Widerruf nicht wirksam erfolgt, weil er nicht gegenüber dem Partner erklärt worden war (§ 2296 Abs.2 BGB). Wie im Text dargelegt, ist die wohl richtige Lösung, hinsichtlich des Widerrufs nicht den Gegensatz Testament/Erbvertrag zu akzentuieren, sondern die institution contractuelle als Erbvertrag anzusehen, der, weil die Parteien von dem französischen Recht ausgingen, durch ein Testament widerrufen werden konnte

c) Besondere Ausgestaltungen der institution contractuelle

aa) Die donation cumulative de biens présents et à venir

Von den im ersten Teil⁴²⁰⁾ behandelten Sonderformen der institution contractuelle wirft die donation cumulative keine Probleme auf, da sie sich nur hinsichtlich des Umfangs des erheblichen Vermögens, nicht aber in der Rechtsnatur von der institution contractuelle unterscheidet. Sie ist daher wie die institution contractuelle als Erbvertrag zu qualifizieren.

bb) Die promesse d'égalité

Die promesse d'égalité verpflichtet den Erblasser, keine Freigebigkeit zu gewähren, also auch kein Testament zu errichten, das dem Versprechen zuwiderläuft. Sie läßt sich daher als Testiervereinbarung im Sinne von § 2302 BGB kennzeichnen.

Wolff⁴²¹⁾ will solchen Vereinbarungen die Wirkung in Deutschland versagen, weil sie gegen den ordre public verstoßen. Dies ist jedoch verfehlt⁴²²⁾. § 2302 BGB soll die Testierfreiheit schützen, die bereits durch die Zulassung

⁴²⁰⁾ Oben § 4 III

⁴²¹⁾ Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands
234

⁴²²⁾ Scheuermann 112 m.w.N.

der Erbverträge durchbrochen wird. Außerdem bemüht sich die Rechtsprechung, einen nach § 2302 BGB nichtigen Vertrag als Erbvertrag aufrechtzuerhalten⁴²³⁾. Man kann daher schwerlich davon sprechen, daß die Vereinbarung gegen die elementaren Grundlagen des deutschen Rechts verstößt.

d) Fortsetzungsklauseln in Gesellschaftsverträgen

Diese werden hier nur erwähnt, weil das französische Sachrecht diese Klauseln auch unter dem Blickwinkel der pactes sur succession future untersucht⁴²⁴⁾. Auch wenn die französische Rechtsprechung die Klausel des Art.1868 als Ausnahme zum Verbot des Art.1130 Abs.2 ansieht, muß sie das deutsche Recht gesellschaftsrechtlich qualifizieren⁴²⁵⁾, da sie nur etwas für die Fortsetzung der Gesellschaft, nicht aber über die Erbfolge aussagt. Die kollisionsrechtliche Behandlung des Art.1868 fällt daher nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

423) Fn.18

424) Oben § 5 II

425) Perid, Zur Behandlung von Anteilen an Personalgesellschaften beim zwischenstaatlichen Erbgang 366 f.

IV. Gültigkeit des Erbvertrages

1. Ausgangspunkte

Der Satz "Über die Zulässigkeit einer Verfügung von Todes wegen entscheidet das Erbstatut" hat im Verhältnis von Deutschland zu den Ländern, die Erbverträge ganz oder teilweise verbieten, verschiedene Aspekte. Ist auf Grund des deutschen Kollisionsrechts ausländisches Recht maßgebend, um über die Zulässigkeit eines Erbvertrages zu befinden, so kann es bei der Feststellung, daß dieses Recht Erbverträge untersagt, nicht bleiben. Vielmehr ist weiter zu fragen, ob das anwendbare Recht Institute kennt, die mit dem Erbvertrag funktionell vergleichbar sind. Im Verhältnis zu Frankreich heißt das, ob der Erbvertrag die Merkmale einer zulässigen institution contractuelle aufweist. Weiter ist zu prüfen, ob der nichtige Erbvertrag in eine andere wirksame Verfügung von Todes wegen umgedeutet werden kann. Schließlich ist bedeutsam, welche Wirkung der partiellen Unwirksamkeit zukommt, die sich bei einem gegenseitigen Erbvertrag und als Folge der Nachlaßspaltung ergeben kann.

2. Wirksamkeit

Die vorstehenden Überlegungen sollen an zwei Beispielfällen ausgeführt werden. Sie gehen von einem gemäß deut-

schem Muster abgeschlossenen Erbvertrag aus.

a) Ein in Paris wohnhafter Franzose schließt mit seiner deutschen Nichte einen Vertrag, in dem er diese zur Erbin einsetzt; oder: in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen. Beide sollen Vermögen in Deutschland besitzen, so daß ein deutsches Nachlaßgericht für die Erteilung des Erbscheins zuständig ist und den Erbvertrag beurteilen muß.

b) Ein französischer Staatsangehöriger und seine deutsche Ehefrau setzen sich in einem vor der Ehe geschlossenen Ehevertrag gegenseitig zu Erben ein. Oder: Sie schließen während der Ehe einen Erbvertrag gleichen Inhalts.

Zu a): Erbvertrag zwischen Nicht-Ehegatten

aa) Inhaltliche Zulässigkeit

Die Zulässigkeit des Erbvertrages bestimmt sich nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehörte. Ob das Heimatrecht des Vertragserben vertragliche Erbeinsetzungen anerkennt, ist unerheblich⁴²⁶⁾. Entscheidend ist nicht die Vertragsnatur, sondern daß der Erbvertrag eine Verfügung von Todes wegen darstellt. Der

426) Staudinger (-Raape) 648, Frankenstein IV 520, Raape DNotZ 1950, 195; anderer Ansicht Neubecker 291 ff.

einseitige Erbvertrag (erste Variante) ist daher unwirksam, da das maßgebliche französische Recht Erbverträge verbietet. Der Vertrag bindet den Franzosen nicht, so daß er nicht gehindert ist, später ein gegenteiliges Testament zu errichten.

bb) Umdeutung

Allerdings ist die weitere Frage, ob der ungültige Erbvertrag als Testament aufrechterhalten werden kann. Über die Konversionsmöglichkeit entscheidet das Erbstatut⁴²⁷). Es muß darüber befinden, ob das Geschäft den inhaltlichen Anforderungen eines Testaments genügt. Die formelle Gültigkeit ist anhand des vom Haager Testamentsübereinkommen vom 5.10.1961 berufenen Rechts zu prüfen. Unabhängig von der Formgültigkeit wird die Umdeutung daran scheitern, daß das französische Recht die Konversion eines nichtigen Erbvertrages nicht akzeptiert⁴²⁸). Die in dem Urteil des Tribunal civil de Mulhouse vom 19.1.1950⁴²⁹) durchscheinenden Anzeichen sind zu schwach, um die gegenteilige Folgerung zu ziehen. Die Umdeutungsmöglichkeit allein deshalb auszuschließen, weil der Erbvertrag als unsittliches Geschäft einer Umdeutung nicht zugänglich sei, erscheint allerdings zu weitgehend⁴³⁰).

427) Ferid, Statutenwechsel 193, Scheuermann 97; LG Berlin v.3.4.1950 (Fn.388) und OLG Düsseldorf v.6.2.1963 (Fn.389) konnten die Frage der Umdeutung dahinstehen lassen, weil der ungültige Erbvertrag jedenfalls durch ein späteres Testament widerrufen war

428) Oben § 3 II 1 c

429) Fn.247

430) So aber Neumayer, RabelsZ 17 /1952/ für den nach italienischem Recht nichtigen Erbvertrag

cc) Partielle Unwirksamkeit

(1) Ist die Einsetzung durch den Franzosen unwirksam, so ist weiter zu fragen, ob bei einem gegenseitigen Erbvertrag auch die Verfügung der Nichte hinfällig ist. Wenn sich beide Vertragspartner gegenseitig zu Erben einsetzen, bestimmen sich Inhalt und Wirkung der Verfügungen unabhängig voneinander nach dem jeweiligen Personalstatut der Partner⁴³¹⁾. Es ist daher denkbar, daß die Verfügung des einen Partners unwirksam ist und diesen nicht bindet, während der andere an seine wirksame Verfügung gebunden bleibt⁴³²⁾. Ob beide Verfügungen dergestalt verknüpft sind, daß die Nichtigkeit der französischen Erbeinsetzung auch die deutsche ergreift, entscheidet das deutsche Recht. Raape⁴³³⁾ neigt dazu, auf Grund eines allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsatzes auch die Verfügung des Deutschen für nichtig zu halten und dann die Umdeutung in ein Testament zu erwägen. Daneben schlägt er einen anderen Lösungsweg vor: § 2298 soll nicht nur materiellrechtlich, sondern auch kollisionsrechtlich erheblich sein. Die Verfügung der Deutschen falle zusammen, wenn nicht anzunehmen ist, daß sie sich auch in einem einseitigen Erbvertrag habe binden wollen.

431) Firsching, DNotZ 1952, 339; ders., DNotZ 1954, 247

432) Frankenstein IV 525

433) Staudinger (-Raape) 648; ähnlich Neubecker 289

Praktisch führen beide Wege zum gleichen Ergebnis. Testiert der Erblasser später, so ist dies ein Indiz dafür, daß er sich nicht einseitig binden wollte, mithin die Regel des § 2298 Abs.3 nicht eingreift. Nicht anders ist es, wenn man den nichtigen Erbvertrag in ein Testament umdeutet; dieses ist durch das spätere Testament widerrufen.

Fehlt eine spätere Verfügung und berufen sich etwa die gesetzlichen Erben der Deutschen gegenüber dem Franzosen auf die Nichtigkeit der deutschen Verfügung, so streitet die Vermutung dafür, daß bei Nichtigkeit der einen Verfügung auch die andere zusammenfällt. Dem Franzosen obliegt es dann, den Nachweis zu erbringen, daß die Nichte ihn in jedem Fall habe einsetzen wollen. Gelingt ihm der Beweis, so ist unerheblich, ob die maßgebliche Verfügung ein Testament oder ein einseitiger Erbvertrag ist.

(2) Die teilweise Unwirksamkeit der gegenseitigen Erbinsetzung kann durch eine partielle Unwirksamkeit anderer Art überlagert werden. Diese kann sich daraus ergeben, daß zum Nachlaß des französischen Erblassers ein in Deutschland belegenes Grundstück gehört, auf das deutsches Recht anwendbar ist, weil das französische Kollisionsrecht zurückverweist. Der Erbvertrag ist dann hinsichtlich der Mobilien des französischen Erblassers unwirksam, hinsichtlich des Grundstücks

aber wirksam. Die Regel des § 2298 kann hier nicht eingreifen, da diese von der Nichtigkeit der korrespondierenden Verfügung und der engen Verknüpfung beider Verfügungen ausgeht. Die Interessenlage ist jedoch anders, wenn innerhalb einer der beiden Verfügungen ein Teil unwirksam ist. Das auf den gültigen Teil anwendbare (deutsche) Recht muß entscheiden, ob die Ungültigkeit des anderen Teils auf den gültigen ausstrahlt. Diese Frage ist gemäß § 2085 nur zu bejahen, wenn der Erblasser die gültige ohne die ungültige Verfügung nicht getroffen hätte⁴³⁴⁾.

dd) Geschäftsfähigkeit

Ob der Erblasser die Fähigkeit zum Abschluß eines Erbvertrages besitzt, ist, soweit das Erbstatut besondere Fähigkeitsnormen enthält, diesem, sonst gemäß Art.7 EGBGB dem Heimatrecht zu entnehmen⁴³⁵⁾. Die Geschäftsfähigkeit des Vertragserben bestimmt sich immer nach dessen Heimatrecht. Die von Raape⁴³⁶⁾ für den gegenseitigen Erbvertrag ange deuteten Probleme, die sich ergeben, weil sich bei jedem

⁴³⁴⁾ Soergel (-Kegel) Randnr.98 vor Art.24; OLG Dresden 6.5.1930, IPRspr.1931 Nr.95 (S.184) betrifft allerdings die teilweise Nichtigkeit wegen eines Formfehlers beim Testament

⁴³⁵⁾ Soergel (-Kegel) Randnr.31 vor Art.24

⁴³⁶⁾ Staudinger (-Raape) 649

Vertragspartner gewöhnliche Geschäftsfähigkeit (Vertrags-
erbe) und Erbvertragsfähigkeit (Einsetzender) überlagern,
tauchen nur dann auf, wenn beide Erbstatuten Erbverträge
zulassen, nicht jedoch wenn eines, wie das französische
Recht, sie verbietet.

Zu b) Erbvertrag zwischen Ehegatten

aa) Inhaltliche Zulässigkeit

Eine bindende vertragliche Erbeinsetzung ist im französi-
schen Recht nur im Rahmen eines Ehevertrages möglich.
Schließen daher Ehegatten einen Ehe- und Erbvertrag nach
deutschem Muster, so ist der Erbvertrag wirksam, auch wenn
die Urkunde nicht die Klauseln der institution contractuelle
verwendet⁴³⁷⁾, denn diese entspricht, wie bereits dargelegt
wurde⁴³⁸⁾, einem deutschen Erbvertrag.

Anders liegt es bei der Erbeinsetzung während der Ehe. Sie
ist nach französischem Recht in bindender Form nicht zu-
lässig. Die Erbeinsetzung durch den Franzosen könnte nur
dann Bestand haben, wenn in ihr ein Rücktrittsvorbehalt

437) So ausdrücklich OLG Düsseldorf v.26.8.1963 (Fn.390)

438) Oben § 12 III 2 b)

vereinbart wäre, der dem Erfordernis der freien Widerruflichkeit von Erbverträgen während der Ehe genügt. Eine solche Klausel ist mit der institution contractuelle während der Ehe vergleichbar⁴³⁹⁾.

bb) Umdeutung

Die Möglichkeit der Konversion ist nur bei der zweiten Variante interessant, wo ein unwirksamer Erbvertrag vorliegt. Was die Umdeutung in ein Testament oder die Aufrechterhaltung als einseitiger Erbvertrag betrifft, ist auf die Ausführungen zum Erbvertrag zwischen Nicht-Ehegatten zu verweisen⁴⁴⁰⁾.

Daneben könnte man erwägen, die gegenseitigen bindenden Erbeinsetzungen in eine - frei widerrufliche - institution contractuelle unter Ehegatten umzudeuten, wenn dadurch der Wille der Vertragspartner nicht verfälscht wird. Anhaltspunkte hierfür sind allerdings in dem maßgeblichen französischen Recht nur spärlich vorhanden. Ansätze finden sich in den Urteilen des OLG Colmar vom 28.1.1914⁴⁴¹⁾ (damals ein deutsches Gericht) und der Cour d'Appel de Colmar vom 14.11.1961⁴⁴²⁾ (französisches Gericht). In der ersten Ent-

439) Oben § 12 III 2 b) cc)

440) Oben § 12 IV 2 a) bb)

441) Fn.384

442) Fn.250; dazu auch Kegel, Festschrift für Jahrreis 156 f.

scheidung stellte das Gericht fest, daß auch dann, wenn die Ehegatten einen bindenden Erbvertrag gewollt hätten, dieser nur als widerrufliche institution contractuelle angesehen werden könne, wenn französisches Recht maßgebend sei. In eine ähnliche Richtung könnte das zweite Urteil weisen, das nur den bindenden Vertrag, nicht jedoch die darauf aufbauenden Testamente für unwirksam hielt⁴⁴³⁾. Andererseits ist aber hervorzuheben, daß die Cour d'Appel de Colmar im Urteil vom 19.2.1949⁴⁴⁴⁾ auch nicht andeutungsweise untersuchte, ob der nichtige Erbvertrag als widerrufliche institution contractuelle unter Ehegatten validiert werden könne.

cc) Partielle Unwirksamkeit

Soweit der Erbvertrag unter Ehegatten unzulässig ist, stellen sich die gleichen Probleme wie bei den Erbverträgen zwischen Nicht-Ehegatten. Es wird daher auf die obigen Ausführungen verwiesen⁴⁴⁵⁾.

dd) Geschäftsfähigkeit

Die Fähigkeit zum Abschluß des Erbvertrages richtet sich nach dem jeweiligen Heimatrecht der Vertragspartner. Ent-

443) Vgl. die Parallele beim bindend gewordenen und daher mit dem Erbvertrag vergleichbaren gemeinschaftlichen Testament; hier möchte Raape 427 Fn.18 a dem Testament die Bindungswirkung nehmen, ohne ihm die Wirksamkeit als Verfügung von Todes wegen abzusprechen

444) Fn.246

445) Oben § 12 IV 2 a) cc)

hält dieses Sondernormen für die Fähigkeit, Erbverträge zwischen Ehegatten abzuschließen, so sind diese maßgeblich. Nach französischem Recht (Art.1398) kann der noch nicht voll Geschäftsfähige, jedoch Ehefähige einen Erbvertrag abschließen, wenn diejenigen mitwirken, deren Zustimmung für den Ehevertrag nötig ist. In Deutschland gilt die Erleichterung für minderjährige Ehegatten ganz allgemein, also auch außerhalb des Ehevertrages (§ 2275 Abs.2 BGB).

V. Exkurs: Vermeidung der (teilweisen) Unwirksamkeit von Erbverträgen durch Parteiautonomie im internationalen Erbrecht ?

In neuerer Zeit fordert vor allem Dölle⁴⁴⁶⁾, die Parteiautonomie auch für Verfügungen von Todes wegen, also Testament und Erbvertrag zuzulassen. Dölle führt gerade den Beschluß des KG vom 10.4.1941⁴⁴⁷⁾ als Beispiel dafür an, wie unzuträglich die strenge Anwendung des Heimatrechts desjenigen Erblassers sein kann, der schon lange in Deutschland lebte und von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausging⁴⁴⁸⁾.

Ob eine professio iuris im internationalen Erbrecht zuzulassen ist, stellt kein für die Erbverträge typisches Problem

446) Dölle, Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, RabelsZ 30 [1966] 205-240; außerdem Dumoulin, Vereinheitlichung des internationalen Ehegüter- und Erbrechts, RabelsZ 28 [1964] 425-435 (430 ff.)

447) Fn.386

448) Wäre in dem Beschluß der Erblasser nicht Niederländer, sondern Franzose gewesen, so wäre es zu den von Dölle bedauerten Konsequenzen nicht gekommen, da wegen des renvoi durch das französische Recht deutsches Recht anwendbar gewesen wäre

dar, sondern betrifft jede Art von Verfügung von Todes wegen. Die Frage ist daher auch nicht zu vertiefen; vielmehr soll nur kurz angesprochen werden, wie sich die Möglichkeit der *professio iuris* auf deutsch-französische Erbverträge auswirken könnte, insbesondere ob dadurch vermieden werden kann, daß der Erbvertrag nach deutschem Recht wirksam, nach französischem Recht aber unwirksam ist. Die Frage wird vor allem dann auftauchen, wenn der Erblasser mit einer einzigen vertraglichen Regelung die Erbfolge in Gegenstände regeln will, die sich in verschiedenen Ländern befinden.

Wohnt der französische Erblasser in Deutschland, so bedarf es einer Rechtswahl im Erbvertrag nicht⁴⁴⁹⁾, um diesem in Deutschland Geltung zu verschaffen, da wegen der Rückverweisung durch das französische Recht ohnehin deutsches Recht anwendbar ist. Die Frage wird hingegen in folgendem Fall aktuell: Ein in Paris lebender Deutscher schließt mit seinem Sohn einen Erbvertrag; das Vermögen soll nur aus Wertpapieren bestehen. Nach deutschem IPR ist das Heimatrecht maßgeblich, der Erbvertrag also gültig, nach französischem IPR aber, das das Recht des letzten Wohnsitzes für anwendbar erklärt, unwirksam. Hätte der Erblasser für sein Heimatrecht optieren

449) Da die Rechtswahl nur de lege ferenda interessiert, läßt sich aus § 2278 BGB, der die Zahl der erbvertraglichen Verfügungen begrenzt, gegen die bindende Rechtswahl in Erbverträgen nichts entnehmen; anders Scheuermann
138

können, so wäre der Erbvertrag in beiden Ländern wirksam. Daraus ergibt sich, daß die Parteiautonomie nur sinnvoll ist, wenn sie auch in Frankreich zugelassen ist. Ansätze für die Zulassung einer Rechtswahl finden sich in dem bereits erwähnten Entwurf einer Neuregelung des IPR⁴⁵⁰⁾.

Ferner kann die Parteiautonomie nur dann voll wirken, wenn das gewählte Recht nicht wieder über den ordre public ausgeschaltet wird, was sich bei der derzeitigen französischen Rechtslage nicht ausschließen läßt. Nur wenn diese Forderung erfüllt ist, kann ein in Deutschland oder in Frankreich wohnender Erblasser in einem Vertragswerk die Erbfolge regeln, ohne befürchten zu müssen, daß ein Belegenheitsland den Erbvertrag nicht anerkennt.

VI. Formprobleme

1. Grundsatz

Der Erbvertrag ist gemäß Art.11 Abs.1 EGBGB formgerecht geschlossen, wenn entweder die Form des Erbstatuts oder die des Errichtungsortes gewahrt ist. Im Verhältnis von Deutschland zu Frankreich ergeben sich wegen der Alter-

450) Fn.259

native keine Schwierigkeiten, da Deutschland und Frankreich (letzteres, soweit es Erbverträge zuläßt) die notarielle Beurkundung fordern. Das Haager Testamentsübereinkommen vom 5.10.1961 findet nur auf letztwillige Verfügungen, also nicht auf Erbverträge, mithin auch nicht auf die institution contractuelle Anwendung⁴⁵¹⁾. Unter den Begriff der Form fällt nicht die inhaltliche Zulässigkeit des Erbvertrages⁴⁵²⁾. Ein nach französischem Recht zu beurteilender - und nach diesem ungültiger - Erbvertrag ist daher nicht deshalb gültig, weil er in Deutschland vor einem Notar geschlossen wurde.

2. Besonderheiten bei der notariellen Beurkundung von Erbverträgen mit Auslandsberührung

Die Wahlmöglichkeit zwischen Sachstatut und Ortsstatut wirft dann Probleme für die Beurkundung auf, wenn eines der beiden Rechte Erbverträgen feindlich gegenübersteht. Darf der deutsche Notar einen Erbvertrag beurkunden, wie er oben⁴⁵³⁾ in Fall a) dargestellt wurde ? Umgekehrt: Kann ein deutsches Gericht den von einem französischen Notar beurkundeten Vertrag anerkennen, in dem ein Deutscher seinen französischen Neffen zum Erben einsetzt ?

451) Ferid, RabelsZ 24 [1962] 423

452) KG 10.4.1941 (Fn.386), OLG Düsseldorf 6.2.1963 (Fn.389)

453) § 12 IV 2

a) Im ersten Fall stellt sich die Frage, ob ein Notar einen Vertrag beurkunden darf, der nach dem maßgeblichen ausländischen Recht inhaltlich unzulässig ist. Die Meinungen sind geteilt. Schwartz⁴⁵⁴⁾ hält es für völkerrechtswidrig und daher für verboten, daß ein Notar der Umgehung des Sachstatuts Hilfe leistet. Raape⁴⁵⁵⁾ verlangt von dem Notar lediglich, die Parteien darauf hinzuweisen, daß der Vertrag nichtig sei. Es ist in der Tat zu weitgehend, dem Notar zu verbieten, einen nach dem anwendbaren Recht unwirksamen Erbvertrag zu beurkunden, zumal das Erbstatut bei der Beurkundung noch nicht feststeht. Der Notar wird vielmehr die Parteien über die kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lage beraten müssen. Ist der Vertrag nur teilweise, etwa wegen einer Rückverweisung, unzulässig, so wird er anregen, den Vertrag auf die nicht dem Verbot unterliegenden Vermögensgegenstände zu beschränken⁴⁵⁶⁾. Bei der Beurkundung eines Ehe- und Erbvertrages, für den französisches Recht maßgeblich werden könnte, dürfte sich empfehlen, in der Urkunde nicht von einem Erbvertrag, sondern von der Schenkung des im Zeitpunkt des Todes vorhandenen Vermögens zu sprechen, um so in Frankreich jede Assoziation mit Art.1130 Abs.2 zu vermeiden. Der Wille der Parteien wird dadurch nicht denaturiert, da eine solche

454) NiemeyersZ 41 1929 383

455) DNotZ 1950, 195

456) Vgl. Blumenwitz, DNotZ 1968, 724

Schenkung von Todes wegen einem Erbvertrag entspricht⁴⁵⁷⁾.

b) Gegenstand der zweiten Frage ist, ob die Ortsform dann zulässig ist, wenn das Errichtungsland das zu beurkundende Rechtsgeschäft nicht kennt. An der Fungibilität würde die Anerkennung der ausländischen Urkunde nicht scheitern, da man davon ausgehen kann, daß Urkunden, die in Ländern des sog. Lateinischen Notariats errichtet wurden, deutschen Urkunden gleichwertig sind.

Die Fungibilität wird aber dann entwertet, wenn einerseits eine Form, die beachtet werden muß, nicht vorhanden ist, weil das Geschäft unbekannt ist, andererseits der Notar aus eben diesen Gründen die ihm obliegende Beratungsfunktion nicht wahrnehmen kann. Diese Gesichtspunkte, die das Schrifttum⁴⁵⁸⁾ vor allem für das Verhältnis zu Italien erwähnt, treffen indes für Frankreich trotz des Verbots vertraglicher Erbeinsetzung nicht zu. Da das französische Recht in begrenztem Rahmen Erbverträge zuläßt und die notarielle Form vorsieht, ist auch eine angemessene notarielle Beratung gewährleistet. Es bestehen daher keine Bedenken, auch die Beurkundung solcher Verträge in Deutschland anzuerkennen, die das französische Recht verbietet.

457) Oben § 12 III 2 b) aa)

458) Staudinger (-Firsching) Randnr.129 zu Art.11, Weber NJW 1955, 1785

VII. Sicherungsmöglichkeiten des institué zu Lebzeiten des Erblassers

1. Das Problem

Der institué hat, wie im ersten Teil ausgeführt wurde⁴⁵⁹⁾, Möglichkeiten, bereits zu Lebzeiten des Erblassers sein Erbrecht zu sichern. Das französische Recht verweist den Vertragserben also nicht wie das deutsche Recht auf einen Bereicherungsanspruch (§ 2287 BGB), den der Erbe erst nach Eintritt des Erbfalls realisieren kann, sondern gibt ihm sofort Sicherungsmittel an die Hand. Diese Wirkungen der institution contractuelle berücksichtigt das deutsche IPR nicht, da es vom deutschen Erbvertrag ausgeht, der unter Lebenden keine Wirkungen entfaltet⁴⁶⁰⁾. Die Frage ist, ob deshalb dem institué die Sicherung im internationalen Verkehr zu versagen ist, oder ob er die Möglichkeit haben soll, etwa durch ein deutsches Gericht zu verhindern, daß der instituant in Deutschland befindliche Wertsachen verschenkt.

2. Sicherung an deutschen Grundstücken

Nicht möglich ist es, im deutschen Grundbuch an einem dem instituant gehörenden Grundstück den Abschluß der

459) § 4 II 10 c) bb)

460) Neubecker 279: "Diese Schablone ist aber die des freien Erblassers nach römischem Muster. Geben etwa fremde Rechte "Anwartschaften" festen Inhalts, so kennen wir das nicht international, weil wir es - nach landläufiger Ansicht - nicht national kennen."

institution contractuelle vermerken zu lassen. Dies verträgt sich zum einen nicht mit der maßgeblichen *lex rei sitae*, der Sicherungen des Vertragserben unbekannt sind; zum anderen ist es auch nicht mit den Grundbuchvorschriften vereinbar, die nur einen begrenzten Kreis von Eintragungen zulassen.

3. Sicherung bei Mobilien

Will der institué verhindern, daß der instituant durch betrügerische Verfügungen sein Erbrecht aushöhlt, so sind - entgegen der Meinung Neubeckers⁴⁶¹⁾ - keine Bedenken ersichtlich, ein deutsches Gericht zur Sicherung (einstweilige Verfügung, Hinterlegung einer Sicherheit) in Anspruch zu nehmen. Eine solche Tätigkeit wäre für deutsche Gerichte auch nicht wesensfremd, da nicht die begehrte Entscheidung, sondern der materielle Anspruch, aus dem sie sich ergibt, dem deutschen Recht unbekannt ist. Der Anspruch ist nur gegeben, wenn französisches Recht anwendbar ist. Dessen Maßgeblichkeit könnte man einem fiktiven Erbstatut entnehmen; daneben wäre denkbar, der institution contractuelle zu Lebzeiten des Erblassers schuldvertragliche Elemente beizulegen, die nach dem hypothetischen Parteiwillen französischem Recht unterliegen.

461) Fn.460

§ 13

Statutenwechsel

I. Problematik

Spannungen, die sich aus einem Statutenwechsel ergeben, sind bei deutsch-französischen Erbverträgen in mehrfacher Form denkbar.

1. Schließt ein Franzose mit seinem Sohn unter der Herrschaft des französischen Rechts einen Erbvertrag, so stellt sich die Frage, ob nach einem Statutenwechsel zum deutschen Recht hin der Erbvertrag nunmehr als gültig anzusehen ist. Oder: Französische Ehegatten vereinbaren im Ehevertrag eine institution contractuelle; später werden sie deutsche Staatsangehörige. Sollen sich die Voraussetzungen einer Anfechtung oder der caducité⁴⁶²⁾ nach französischem oder nach deutschem Recht richten? Können die Ehegatten die institution contractuelle gemeinsam durch notariellen Vertrag aufheben? (Eingangsstatutenwechsel).

2. Deutsche Ehegatten schließen während der Ehe einen Erbvertrag und werden später französische Staatsangehörige. Darf ein deutscher Richter, der über die Gültigkeit des Erbvertrages

⁴⁶²⁾ Oben § 4 II 8

entscheiden muß, von dessen Wirksamkeit ausgehen oder tritt gesetzliche Erbfolge ein (wenn man unterstellt, daß der nach französischem Recht nichtige Erbvertrag nicht in eine widerrechtliche institution contractuelle oder ein Testament umgedeutet werden kann⁴⁶³) ? (Ausgangsstatutenwechsel)

II. Die Behandlung des Statutenwechsels im deutschen Kollisionsrecht

1. Ausgangspunkt

Art.24 Abs.3 Satz 1 regelt den Fall, daß ein Ausländer eine Verfügung von Todes wegen errichtet und dann Deutscher wird. Die Gültigkeit der Verfügung richtet sich dann nach dem Recht des Staates, dem er zur Zeit der Errichtung angehörte. Da andererseits gemäß Art.24 Abs.1 EGBGB grundsätzlich das Erbstatut entscheidet, ob eine Verfügung von Todes wegen gültig ist, besteht Streit, wie der Statutenwechsel generell kollisionsrechtlich zu behandeln ist.

2. Eingangsstatutenwechsel

a) Ist nach dem Statutenwechsel deutsches Recht Erbstatut, so ist anerkannt, daß sich die Fähigkeit zum Abschluß des Erbvertrages nach dem Zeitpunkt der Errichtung bestimmt⁴⁶⁴).

463) Oben § 12 IV 2 a) bb) und b) bb)

464) Soergel (-Kegel) Randnr.32 vor Art.24, Scheuermann 94

Ob der Erbvertrag Pflichtteilsrechte beeinträchtigt, entscheidet das Erbstatut⁴⁶⁵⁾.

b) Umstritten sind jedoch die Probleme, welche die inhaltliche Zulässigkeit des Erbvertrages aufwirft. Eine vor allem von Lewald⁴⁶⁶⁾ und Nußbaum⁴⁶⁷⁾ vertretene Ansicht spricht sich dafür aus, daß der Erbvertrag den Erfordernissen des Errichtungs- und des Erbstatuts genügen müsse. Wolff⁴⁶⁸⁾ will ausschließlich das Erbstatut entscheiden lassen, während Kegel⁴⁶⁹⁾, Raape⁴⁷⁰⁾ und Scheuermann⁴⁷¹⁾ die Beachtung des Errichtungsstatuts für erforderlich und ausreichend halten.

Für die letztgenannte Ansicht spricht zunächst die Regelung des Art.24 Abs.3 Satz 1 EGBGB. Daneben weist aber auch die besondere Natur des Erbvertrages dem Errichtungsstatut Bedeutung zu, weil durch den notariellen Erbvertrag eine besonders "manifeste Vertrauensgrundlage"⁴⁷²⁾ geschaffen wurde. Diese Erkenntnis zwingt dazu, beim Erbvertrag, dem Errichtungsstatut, das "Geschäftsgrundlage"⁴⁷³⁾ der Parteien ist, Vorrang vor dem Erbstatut einzuräumen.

465) Soergel (-Kegel) Randnr.51 vor Art.24

466) Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht 321, ders. in Rép.dr.int.Nr.344

467) Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht 365

468) Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands 228

469) Soergel (-Kegel) Randnr.30 vor Art.24

470) Staudinger (-Raape) 673

471) Scheuermann 95

472) Ferid, Statutenwechsel 139

473) Staudinger (-Raape) 674

Daraus ergibt sich: Ein nach dem Errichtungsstatut wirksamer Erbvertrag wird nicht dadurch ungültig, daß das Erbstatut ihn verbietet. Dieser Satz wird allerdings im deutsch-französischen Verhältnis nicht aktuell werden, weil das (deutsche) Erbstatut Erbverträge praktisch unbeschränkt zuläßt.

Wichtiger ist die Frage, ob der nach französischem Recht unzulässige Vertrag dadurch konvalesziert, daß Erbstatut deutsches Recht ist. Dies wird allgemein verneint. Ein Vertrauen der Parteien ist dann nicht schutzwürdig, wenn das Errichtungsstatut Erbverträge verbietet. Der Vertrag kann nicht dadurch wirksam werden, daß die Parteien die Staatsangehörigkeit und (im Verhältnis zu Frankreich) den Wohnsitz wechseln. Eine Heilung würde auch die unerfreuliche Folge haben, daß inzwischen wirksam getroffene Verfügungen hinfällig würden⁴⁷⁴⁾. In der ersten Variante des ersten Eingangsfalles bleibt daher der Erbvertrag ungültig.

Immerhin sollte man erwägen, ob der eher formale Satz "Quod ab initio vitiosum est, novo statuto convallescere non potest" nicht Ergebnisse bewirkt, die im Einzelfall als unbillig zu empfinden sind. So könnte man eine Sachnorm des Inhalts entwickeln, daß der nach dem Errichtungsstatut nich-

474) Scheuermann 91

tige Erbvertrag validiert, wenn die Parteien auch unter dem neuen Erbstatut an ihm festhalten wollen⁴⁷⁵⁾. Dies würde auch das Problem der zwischenzeitlichen Verfügungen von Todes wegen lösen; haben die Parteien solche getroffen, so kann man annehmen, daß sie eben nicht an dem Erbvertrag festhalten wollten.

c) Das Errichtungsstatut entscheidet auch darüber, welche Willensmängel das Schicksal des Erbvertrages (der institution contractuelle) beeinflussen⁴⁷⁶⁾. Auch hier gehen die Parteien von einer bestimmten Rechtslage aus; sie brauchen nicht damit zu rechnen, daß z.B. eine nach dem Erbstatut bestehende - aber noch unbekannte - Anfechtungsmöglichkeit den Erbvertrag zu Fall bringt. Sie verlassen sich vielmehr darauf, daß der Vertrag nur dann hinfällig wird (2.Variante), wenn das französische Recht als Errichtungsstatut dies vorsieht.

475) Der Gedanke kann nur angedeutet werden. Besonders offensichtlich wird die Unbilligkeit der herrschenden Ansicht bei den Ländern, die ausschließlich dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgen. Schließen in München wohnhafte Italiener vor einem Notar einen Erbvertrag und werden sie später in Deutschland eingebürgert, so ist schwerlich einzusehen, warum der Erbvertrag unwirksam sein soll, die Parteien mithin gezwungen sind, nochmals den Notar aufzusuchen. Auch das BayObLG (Beschuß v. 13.12.1960, BayObLGZ 1960, Nr.66 (S.485)) sieht in der Regel des Art.24 Abs.3 Satz 1 den Gedanken niedergelegt, daß es dem Willen des Erblassers zuwiderlaufe, wenn ein nach dem alten Statut ungültiges Testament gültig werde. Daß der Erblasser ein ungültiges Testament errichten will, ist aber nicht anzunehmen. Vielmehr wird er von der Gültigkeit ausgehen, so daß man seinem Willen am ehesten respektiert, wenn man die Verfügung von Todes wegen unter dem neuen Statut validiert

476) Scheuermann 98

d) Der Vertrauensschutz wird dann gegenstandslos, wenn die Parteien den Erbvertrag einverständlich aufheben. Das Errichtungsstatut kann nicht die Parteien über den Statutenwechsel hinaus zwingen, an einer Bindung festzuhalten, die das neue Statut nicht gebietet⁴⁷⁷⁾.

3. Ausgangsstatutenwechsel

Ebenfalls umstritten ist, ob der unter der Herrschaft deutschen Rechts gültig errichtete Erbvertrag durch den Erwerb der französischen Staatsangehörigkeit und die Begründung eines französischen Wohnsitzes für den deutschen Richter unbeachtlich wird. Kegel⁴⁷⁸⁾ entnimmt Art.24 Abs.3 Satz 1 EGBGB einen allgemeinen Grundsatz, der auch für den Ausgangsstatutenwechsel gelte: Der Statutenwechsel berühre nicht die Wirksamkeit des Erbvertrages. Er rechtfertigt diesen Grundsatz nicht unter dem Gesichtspunkt der wohlerworbenen Rechte⁴⁷⁹⁾, sondern mit dem Interesse der Parteien an einer klaren Rechtslage.

Die Meinung Kegels, die den Vorzug der Folgerichtigkeit hat, widerspricht indes dem geltenden deutschen Kollisionsrecht, das primär das Erbstatut beruft und lediglich dem Eingangs-

477) Scheuermann 98 f.

478) Soergel (-Kegel) Randnr.30 vor Art.24; Kegel, Internationales Privatrecht 360 f.

479) Vgl. Neubecker 286

statutenwechsel eine Sonderregel gewidmet hat. Außerdem spricht gegen die Kegel'sche Lösung die internationale Entscheidungsharmonie, die nicht nur ein theoretisches Postulat ist, sondern beim Erbvertrag ganz praktisch wird: Es entstehen konträre Entscheidungen, wenn das Errichtungsstatut den Erbvertrag zuläßt, das Erbstatut aber nicht. Dieses unerfreuliche Ergebnis läßt sich nur vermeiden, wenn das vom deutschen IPR berufene Erbstatut entscheidet, ob es dem Errichtungsstatut Bedeutung beilegt. Ist dies zu bejahen, so liegt eine Rückverweisung vor, die das deutsche Recht annimmt⁴⁸⁰⁾.

Wie oben ausgeführt wurde⁴⁸¹⁾, läßt sich nicht eindeutig feststellen, ob das französische Kollisionsrecht dem Errichtungsstatut das Wort erteilt, wenn es um die inhaltliche Zulässigkeit eines Erbvertrages geht. Immerhin spricht hierfür wegen der Anlehnung an intertemporale Regelungen eine gewisse Vermutung. Legt man diese einmal zugrunde, so ist die weitere Frage, ob die Rückverweisung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Anwendung des deutschen Errichtungsstatuts der französische ordre public entgegensteht. Grundsätzlich gehört zu den Regeln des ausländischen Kollisionsrechts, das die Rückverweisung aus-

480) Ferid, Statutenwechsel 126 f.

481) § 11 II 3

sprechen soll, auch der ordre public. Greift dieser ein, so findet eine Rückverweisung nicht statt⁴⁸²⁾. Dies kann aber nicht gelten, wenn - wie oft - nicht feststeht, ob ein bestimmter Grundsatz zum ausländischen ordre public gehört⁴⁸³⁾. Bei dem Verbot der pactes sur succession future ist nicht geklärt, ob es Bestandteil des französischen ordre public ist.

Wegen dieser Unsicherheit läßt sich der zweite Eingangsfall nicht eindeutig lösen: Entscheidet sich das französische Recht für die Maßgeblichkeit des Erbstatuts, so muß der deutsche Richter gesetzliche Erbfolge annehmen. Geht es vom Errichtungsstatut aus, so ist der Erbvertrag wirksam, ohne daß es darauf ankäme, daß einzelne Stimmen in Frankreich dem Verbot der Erbverträge ordre public-Natur beilegen.

482) Soergel (-Kegel) Randnr.37 zu Art.27

483) Ähnlich Staudinger (-Raape) 753, der gerade wegen dieser Unsicherheit den ordre public bei der Rückverweisung unberücksichtigt lassen will

Lebenslauf

Ich, Hans Klingelhöffer, wurde am 18. Dezember 1942 in Darmstadt geboren. Meine Eltern sind Dr. Ing. habil Hans Klingelhöffer und seine Ehefrau Johanna, geb. Greiff. Die Volksschule besuchte ich zunächst in Wasserburg am Bodensee, dann in München-Hartmannshofen. Im Jahre 1952 trat ich zunächst in das humanistische Wittelsbacher Gymnasium in München ein; 1953 wechselte ich auf das Wilhelmsgymnasium über, wo ich 1961 die Reifeprüfung ablegte. Mit dem Sommersemester 1962 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Nach neun Semestern Studium bestand ich am 16. Januar 1967 die erste juristische Staatsprüfung. Seit April 1964 war ich Studierender am Sprachen- und Dolmetscher-Institut München; im Februar 1967 erlangte ich dort das Diplom als Übersetzer und Dolmetscher für die französische Sprache. Am 13. Februar 1967 begann ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar; am 2. September 1970 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung. Neben dem Vorbereitungsdienst war ich vom 1. Juni 1967 bis 31. August 1970 Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Institut für Rechtsvergleichung der Universität München. Seit 1. September 1970 bin ich wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

